

権威と「理性」と法(三)

——イギリス法における——

下山英二

一 序論(三卷一号)

二 本論

第一章 「世俗的」権威と「理性」論

はしがき

第一節 教皇庁の権威と世俗的権力

序——聖俗二権威とその統合とウエイトの変化——世俗権力の独立と構成

第一款 教皇の裁治権

一 教会の法的権力

二 中世後期における教会の現世の「裁治権」の確立

(一) 教皇庁の階層的秩序の確立過程

(二) 教皇庁の「裁治権」の構成(以上前号)

(三) 教会裁判所

(四) 書記制度(以上本号)

三 イギリスの特殊性——複雑性(以下次号)

四 聖俗裁判権競合の前提

第二款 世俗裁判権

権威と「理性」と法(三)

第三款 教会世俗裁判権

第四款 聖俗裁判権の競合

第二節 教皇庁の「權威」からの解放と人間社会の自立的「權威」の抬頭

第三節 人間の「理性」論と「權威」の問題提起の過程

第四節 聖俗裁判権の競合と補完—イギリス法

第二章 法と「理性」論—宗教改革前

第三章 「自然的理性」と「人為的理性」

三 むすびに代えて

二 本論

第一章 「世俗的」權威と「理性」論(統)

第一節 教皇庁の權威と世俗的權力(統)

第一款 教皇庁の裁治権(統)

二 中世後期における教会の現世の「裁治権」の確立(統)

(三) 教会裁判所

(イ) 教会裁判所機構

(1) 司教の裁治権(広義)

(a) 本項の目的

本項の目的は、教会が現世において、「裁治権」を確立し構成して行く過程の考察の後を受けて、この世俗社会の中に於いて教会権力が世俗「権力」から独立した形態で、その権力機構を維持して行くことができた条件を検討し、かつ、その具体的形態を素描し、そのことがその後の社会において、本稿の目的たる究極の判断者として機能する「理性」論に、どう連なるかという探究の媒介環にしようとするものである。

少しく敷衍して言えば、すでに「煉獄」思想の発展によって、世俗社会の構成員にとり世俗社会そのものの存在意義が痛感され始めたことは知りえた。さらにその世俗社会の中における教会が、彼岸の原理を保ちつつ、此岸での「権力」構造を維持して行くために打ち出した「裁治権」観念についても言及した。そこでここでは、この裁治権を現世の中において機能させるため、教皇、司教の「人」に依存するのではなく、「制度」としての教会裁判所を誕生させてくることを重視し、その機構を眺め、その手続的特色を摘示し、その「制度」的確立が、後に考察する「法」自体の「究極的権威」性を観念せしめ、それが反対に、多くの地域で裸の権力装置の一環として機能していた世俗裁判所が「権威」性を獲得する媒介環となってくることに、そして、「法」を *ratione imperii* としてではなく、*imperio rationis* であるとの観念を生み出し、⁽¹⁾「法」そのものの「権威」性が誕生して行くことの前提条件を考察することを課題とするものである。

尤もここで使用した「制度」という概念は曖昧な側面をもち、これまで納得のいく説明に出会ったことはないという印象をもつ。それにも拘らず本稿でしばしば「制度」概念を使用してきた。しかし本文ではこの制度概念について論じる余裕がないので、コメントを注で加えておくことにした。⁽²⁾

ところで、教会裁判所の制度的確立のためには、教会裁判所自体が教会システムの中にまったく埋没するものではなく、先の煉獄思想の役割について言及した際に摘示した如く、「正義」の観念と結合することにより、独自に機能する基

盤を確保するに至った点が重要であるので、ここでもう少しくその点について説明を加えておきたい。

① そもそも教皇を頂点とする組織の中であって、教皇個人とは別に教皇職というものを認識することにより、教皇という「人」から分離した「職」というものを一個の社会的存在して概念構成するに至る。もとより、人を離れて社会あるいは政治の動きはありえないのにも拘らず、その「人」を離れて、その人の「行為」そのものの独自性を措定しようようになるとき、法は「人の命令」という観念を離れ、「法」が独自の社会的存在して意識され、その担い手から離れて、裁判所の「自立」的機能というものが恰かも実在するかのように「擬制」が可能になってくるものといえよう。換言すれば、それは法の担い手を「人」としてではなく、恰も客観的存在として取り扱いうる「物」⁽³⁾制度が存在するかのように観念したとき、「制度」概念自体が一個の独立した概念として成立してくる。

② それは、本稿の目的から見れば、個々の人を越え、地域を超越した「普遍」性の要請に応えうる要素が確保されてきたことにもなる。それは同時に、地域的に限定された権力を越えた「普遍的権威」を主張しうる根拠にもなってくる。いわゆる「ルール」化とそのルール、すなわち、「法」の「権威」獲得の前提条件になってくる。

③ そのことはまた教会裁判所自体が究極の判断者としての資格を要求してくることもなる。この時期の教会法の神格性と世俗性はここにおいて具現化されてくる。

④ 反対に、世俗社会におけるその存在の「神格性」を意識することは、「世俗」的存在そのものを「神格」化する契機を作り出す。そして、世俗社会における「人の命令」も、ルール化したと意識される要素が備わったときには、その「神格」的取り扱いを受けることになる。

⑤ これはまた世俗裁判所の相対的独立性確保の手助けになってきた点とも言えよう。それは別の側面から見れば、社会構成員間における力と力の衝突に対して第三者の権威が及び、かつ、それがルール化しうる体制になったことを意

味してくる。それは近代における裁判機構整備の萌芽的形態ということもできよう。

ところでこれまでの考察でもって、教会が、世俗的権力との関係において、世俗社会における教権の自立性と優位性を確立する過程を瞥見してきたが、その中でもとくに、教会法の実施が、「権力」機構の中で、相対的独立性を有する裁判機構によって担われてくるという点が重要である所以が理解されえたことと思う。その点は、世俗裁判所の場合にも当てはまる点でもある「後述」。

尤も、この裁判所が権力機構内において、相対的独立性を有するという点は、わが国では、「法の支配」あるいは「法治国」論が山積している割合には論じられてこなかった点でもある。思うに、わが国では、わが国流の「三権分立」論の神聖化傾向に災いされ、裁判所の相対的独立性の原理論的分析をする人が殆どいなかったためであるとも思料している。しかし、仮り「三権分立」論を採択したとしても、なぜ裁判所の相対的独立性が確保されねばならぬのか、という点を、権力の「乱用」論だけで説明するのは、余りにも論理的に乱暴のように思われる。そこでは裁判所の相対的独立性を必要とする内在的論理が提示されていない。実は、クックの「自然的理性」論と「人為的理性」論の分離論の中にこの問題の萌芽形態を見出しうるのではないかという仮説の下に、本稿の課題追求の作業が行われていることも、ここで暗示しておきたい。そしてそれは私の永年の課題でもあったからでもある。

しかし、裁判所の相対的独立性論は実際には難しい作業を含んでいる。それは先に述べた、世俗社会における裁判官という「人」をどういふ論理で神格化しうるかという問題の分析作業に伴う困難さにある。すなわち、典型例としては、世俗社会の構成員の一人が他の構成員の生殺与奪の宣告を何故なしうるのかという問題を挙げうる。近代社会では、それをすべて「法」のヴェールに包むことによって、換言すれば、「法」の神格化がなされた時点で思考は停止させられてきた。しかし、なぜそれが社会的法的に見て、思考停止することが許容されうるのかという点については、従来の法哲

学、法理学、社会学もなかなか応答してくれない。法学の基礎的知識に関し、私の若き頃から多くの示唆を与えてくれたエールリッヒでも、その「法社会学の基礎理論」において、「裁判所は国家の機関としてではなく、社会の機関として成立した」という仮説を措定することにより論理を展開するのみで、その論理的な根拠を与えてくれているわけではない。⁽⁴⁾ それでは、「法」が社会規範（道德律）から切り離されて、「法」という固有のジャンルを形成してくる近代法における「法」の特性の萌芽を、歴史的に摘出してくる手掛かりを失うことにもなるだろう。⁽⁵⁾

そこで、この法の神格化の問題は、クックの「人為的理性」を考えるまでここでは留保し、この世俗裁判所に権力機構内での独立性の契機を与えた、教会の裁判機構自体の相対的独立性の歴史的確保過程をここで瞥見することから開始することにする。換言すれば教会の裁治権が「教会裁判所」によって行使されるに至ることは、裁治権一般の行使とは次元を異にした一定の「制度」的確立を必要としてくるし、まさにその点を歴史的な制度自体から探り出すことができたらと考えたからである。さらに聖俗競合から俗権優位の過程への移行を観察するには、この教権に基づく裁治権の行使の制度的把握をしておかねばならないと考えたからである。ことに、クックの「人為的理性」論と「自然的理性」論との区別を見ようとするとき、教会裁判所と世俗裁判所との競合と、世俗裁判所の自立過程と、それへの教会裁判所の影響の過程が前提となって具現化しているため、この裁判過程の分析を課題としてアプローチせざるをえない。そこでここでは手始めとして、教会裁判がいかなる機構により、また、いかなる手続により、行われたかという点を瞥見することから始めたいと思う。

但し、ここで断って置きたいことは、私は、このように問題を設定したところで、この時期の法が現実には腐敗と墮落にまみれた醜い形態で機能しており、また現代の法的感覚で中世の諸制度諸概念を捉ええぬものであることは弁えていたつもりである。むしろ、近代法における「法」的観念の特殊性を洗い出すためには、中世の法観念との切断を考え

た方が的確に把握できるのではないかとさえ考えている。しかし、近代法も歴史社会の中から誕生してきたものである。中世との連続的過程の中からその形態を整えてくる。その過程を明らかにすることで、いたずらにイギリス法学に顕著な傾向である古代からの法の連続性を強調した把握の仕方を避けることもできるし、他方、近代法を全く中世から切断し、観念的に構成的原理を基礎に据えた歴史把握の仕方をも避けることができると考えていることを、ここで断っておきたい。ことに、中世の法は、近代の法と基本的性格において異なる側面をもち、権力の保持者自体を、人民を拘束する法と同質の法が拘束するとする発想方法が未だ具現化されていないが、その発想の萌芽形態は、すでに中世社会の中に見出しうるという点を検証しておかねばならぬと考えているからでもある。

(b) 司教の裁治権

そもそも教会裁判所の起源についての考察は、とくに「司教」の存在とその地位の把握が鍵を握っており、司教の「裁治権」という点から言及せねばならない。ことにキリスト教の歴史の初頭からローマの司教（＝教皇）の優位が出現したことに関するフルニエの指摘は先にも紹介したところであるが、その前提として、まず司教一般のもつ「裁治権」とは一体何であったのかという点について触れる必要がある。そしてそれは一般に、「教育し、法律を立し、行政し、かつ、裁判する機能を含」んだ広汎なものであった。⁽⁷⁾

ところでこの司教の「裁治権」に関し、フルニエが具体的に挙げているものを見るとなお一層司教が如何に広汎な権能を保有していたかを知ることができる。すなわち、

i 司教は、自己の司教区では立法者である。教会会議 synode [snod] を招集し、司教区条例 statut diocésain [diocesan statute] を作成し布告する。（大括弧内は拙注。）

ii 若干の特免 dispense [dispensation] を認めたり、拒絶する。⁽⁸⁾

- iii 教会の一般法律、司教会議 *concile* [council] の決定、教皇令等の布告をする。
 - iv 法律を適用する。すなわち、教会共同体とその構成員各人が、その目的を達成するために必要な全手段をとる権利を司教に与えている。
 - v 教会財産の管理人・番人として、聖職禄 *benefice* [beneficium, benefice, Pründ]⁽⁹⁾ を創設し、それを変容させ、またそれを消滅させる。司教はそれを司教区内の全域で授与し、寄進創立者が指定する聖堂称号 *titulaire* を創設する。
 - vi 貧者の財産、施療院・救済院・癩院等に対し、監督と保護を及ぼす。
 - vii 司教区内の聖堂区および宗教的营造物を巡察し *visiter* [visitatio, visitation]、その聖俗上の状況を調査し、必要と認めるときは、改革や矯正を行う権利義務を有する。
 - viii 司教の権能は、教皇の免属 *exemption* の制約に服する⁽¹⁰⁾。
 - ix 教会法によって、司教区の統理の費用のため、若干の金銭税を教会財産から優先的に徴税することを認めている⁽¹¹⁾。
- (2) 司教の裁判権（狭義の裁治権 *jurisdiction*）
- しかし、ここでの問題は、広義の「裁治権」ではなく、教会裁判所によって担われてくる狭義の裁治権（裁判権）の問題である。そしてその狭義の裁治権については、先にしばしば言及したグレゴリウスの「教令集（グリゴリアーナ）」において、「裁治権 *jurisdiction*」とは、教会裁判所 *for ecclesiastique* [ecclesiastical court] に属する民事および刑事の全事件を審判し、かつ、判決する権限と定義づけられている[第一卷第三二章第一六法]。広義の裁治権の中から狭義の裁治権が概念区分されてくる点は後述するとして、実は何が「民事」か、何が「刑事」かという問題は、今日法学者が当然なものとして受け取っているところと果して同一かという問題が横たわっているが、その問題は先送りする

ことを断っておきたい。

ところでカノン法は、「民事」「刑事」の概念と関わりなく、裁判権の行使に関し「内法廷 for interior」「(良心の裁き) forum internum, internal forum」と「外法廷 for extérieur [external forum] (イギリス法ではしばしば public courts と呼ぶ)」に区別された裁判所で実施されてきた点にも注意を払わねばならぬだろう。尤も、この外法廷は、その起源、性格、訴訟手続方式において内法廷と異なっており、犯罪抑圧を確実にすることを目的としているという点から、この区別は生じたものという。⁽¹²⁾「なおイギリス法については、本節本款三と第四節にて瞥見する。」

(a) 内法廷

内法廷についてはフルニエは次ぎの如く説明している。⁽¹³⁾

まず、「司教の義務は、世俗の裁判官のように、自身に託された社会内部に秩序を維持し、そして、この社会の法律に違背する行為をなす信者を懲罰することだけにあるのではな」く、司教の使命として教会構成員各人の「永遠の救霊」を確保することにあるという。

そもそも「信者の過誤 faute」は、「これが隠秘なものであると公然たるものであるの別を問わず、それだけ、その者の至上の報償 recompense [recompence] に到達することを妨げる障害となる。」そこで「教会は、罪 péché [peccam. 拙注、 sin (道徳上の罪のこと)。しかし、法と道徳律の分離が完成するのは西欧でも一九世紀になってからである。』と、教会がこれを捕らえうる場合はつねに問う。」さらに、「罪を犯す企てが、まったく実現されなかった場合にさえ」拙注、未遂の場合」、この任意に抱かれた企ては、教会の目には、悔悛 pénitence [poenitentia, penance] により償われるべき過誤を構成する。「神の審判にかなう悔悛すなわち、地上の刑は、隠秘たると公然たるとの別を問わずすべての罪に科せられる。それゆえに、すべての過誤は、教会の内法廷」の裁判権に服することになる。いわば、その機能はキ

リスト教者共同体の構成員の「過誤」の矯正とその救済にあるということになる。イギリスのカノン法における「矯正裁判所」については後述するが、「内法廷」はいわばこの「矯正裁判所」ではないかと考えられる。

では、内法廷の裁判官が、信者の落度について取り組む過程はいかなるものであろうか。それは信者がその罪についてなす「任意の自白」(告解)を媒介とする。そして、その罪を聴く司祭を「聴罪司祭 confessor [confessarius]」(但し、ラテン語の confessor は証聖者の意味で聴罪司祭の意味ではない)、confessor, Beichtvater」というが、彼は信者の過誤についてそれに相当する「悔悛」を科する必要があるという。

ここに「自白」という要素が宗教上のみならず、制度上においても重要視されてくる所以があったものと考えられる。また、かかる事項が審判の過程に上ってくる基礎には、先に触れた現世の「煉獄」思想の普及と公認による現世の審判の重要性の比重が増してきたことが、横たわっている⁽¹⁴⁾。そして「自白」が後述の糾問手続と結びつくことによって、大陸法における世俗の刑事手続の特色を形成してくる点も忘却できない。しかし内法廷という一つの概念が成立する経過と、その存在が教会裁判所全体の中でどのような地位と意義を有するののかという問題を明らかにする能力は現在私にはないし、本稿の目的からみれば、本来の筋ではないので、問題を留保しながらもこれ以上ここで言及しないことにする。

(b) 外法廷

さて内法廷に比し、外法廷の性格は全く異なるとされている⁽¹⁵⁾。

まず第一に、その性格であるが、それはキリスト者共同体の「秩序維持」目的のために科せられる「懲戒罰 chastiment [chastisement]」的性格をもつ。それは「非行抑圧」のために加えられるが、違反者が悔悟 *resipiscence* するまでの間、教会の霊的財産を違反者から「剝奪」する効果をもつものである⁽¹⁶⁾。また、時には、教会立法は、犯罪人を「投獄」*emprisonnement* [imprisonment] のような身体刑をもって罰していた。さらに内法廷において科する悔悛と異なり、

犯罪人の意志に反しても「懲戒罰」が科せられる点に、この法廷の罰の特徴があったといわれている。⁽¹⁷⁾

なおイギリスの歴史家の中には、教会裁判所の手続を、「オフィス office」事案と「インスタンス instance」事案に別けて考察するものもある。⁽¹⁸⁾

この場合の「オフィス」事案というのは、教会自身の訴えによって（しばしば地方審問と問責を伴う）開始され、当て職の管轄保持者によって提起されるものをいう「いわば糾問手続」。この場合を極めて簡略化して捉えれば、「刑事訴追」に等しいと考えられている。これに対して、「インスタント」事案は、原告によって問責される場合で「いわば弾劾手続」、極めて簡略化して捉えるならば民事手続に等しい。但しこの両者の区別は厳格に維持し難いものであったという。この点にかんする問題は本款三「イギリスの複雑性」(六)の箇所でも再び取り上げることにする。

(c) 外法廷の判事

ところで、外法廷の裁判官として一体誰がその職務を担当したのであるか。

この場合には、司教自身が単独裁判官として機能する。すなわち、司教は、神の法および教会法の違反に対して「教会罰」を宣告する。また、「破門 excommunication」の判決によって教会共同体から被告を除去することもできる。さらに司教は、教会財産の占有を侵奪する者を裁決する。そして司教は、あらゆる事件において、キリスト教徒の仲裁人 arbitre として機能することになる。⁽¹⁹⁾

(3) 教会裁判所

ここで留意すべきことは、教会裁判所において、これらの法廷を名目的に構成するものが司教であったとしても、それを実質的にまた専門的に裁判する「判事」が別に抬頭してきたということである。では一体この点をどう捉えたらよいのであろうか。

フルニエに従えば、フランスの場合、教会裁判所は甚だ不安定な一三世紀を一つの境にして構造的に質的転換が計られてきたと言われている。⁽²⁰⁾ フランスにおいて、教会裁判所に判事という一つの役人 *fonctionnaire* が生まれてくるのがまさに一三世紀であったからである。いわばこの一三世紀に教会が一つの官僚機構を形成させてきたといえようか。⁽²¹⁾ 尤も前述の如く、この官僚機構の形成が社会的にみれば大きな変革の意義を有していたが、その意義については後に検討することにする。

そこでまず一二世紀末までの状況を概観することから始めよう。

フルニエによれば、そもそも司教が裁判権を行使する資格をもつのは、二重の資格においてであった。その第一は、司教が教会内の階層的位階の首位に立つところから、第二級の聖職者と俗人に対して通常裁判官として臨む場合が生じてくる。この場合には、司教は、司教区会議において司教自身により、あるいは、彼に属する聖職者 *clerc* の協力により裁判権を行使する。司教裁判所 *cour episcopale* [The courts Christian] というときには、これらの者を含めて構成するものとされる。

第二に、司教が一般的に封建領主であることより、その封臣に対して裁判権を行使する場合が生じうる。この場合、一二世紀末までは、この裁判権は、彼の守護者 *vidame* あるいは防護者 *avoué* の媒介によって行使されていた。後述するように、現実には、この第二の点が大きな意味をもっていたが、理念的には第一の点が有意であったといえよう。この点は、後述の「教会世俗裁判権」(本節第三款)において取り扱うことにする。

(a) 判事の起源

ところで、一三世紀にこの二種の裁判所に明確な区別が生じたことが強調されてくる。

第一に、司教が高位聖職者 *prélat* として、⁽²²⁾ 霊的裁判所を構成する場合には、キリスト教徒の裁判集会 *plaid de*

chétiante が関与する。しかも一二世紀には、司教の受任者 mandataire としての判事 official によって行使されるようになり、前述の如き判事が誕生するに至ったといわれている。⁽²³⁾

これに対し、司教が領主 Baron として世俗裁判所を構成する場合には、世俗裁判所の裁判集会 plaid de justice seigneuriale が関与することになった。そして、この場合に、司教は、教会の守護者または防護者の手によって代表され、あるいは、保護者の手から脱してしまっているときには、司教の代官 baili (バイイ) およびプレボー prebot によって代表されるに至った。

ところで、前述の official は、一種の役人 fonctionnaire である。フールニエによれば、この名称は、ローマ時代の officiales に由来し、ローマの長官 magistrat の補助職員団 officium を意味し、一二世紀以前には厳格な意味はもっておらず、それは次第に、修道士、世俗裁判官あるいは、司教補佐の聖職者にも拡大され、しかも一二世紀に至り、一般的な意味の他に術語的な意味をもってくるようになった。⁽²⁴⁾そしてここに、自己に権限はないが、教会の高位聖職者から全権を受任し、その効力によって霊的裁判権を行使する一聖職者を指すようになってきた。尤も、最初その名称は、clerc, minister, ministerialis, procurator, episcopi, episcopatum procurator といったいろいろの言葉で、それぞれの地方で呼ばれていたが、判事の制度が一般化するにしたがって、局部的例外を除き、この名称が用いられるようになった。⁽²⁵⁾

このような変化の主要な原因について、社会的要因は別として、法的に見れば、フールニエは次ぎの二つの点を挙げている。

その第一は、「教会裁判所の訴訟手続が一二世紀に蒙った変化である。」当時にはまだ厳格な訴訟手続はなく、裁判官の裁量に委ねられていた。それとは反対に、一二世紀末、ことに一二世紀には、判決は「ユスティニアヌス法典」の規

定する諸方式に言及してくるといふ事態が生じてきた。すなわち、「司教」は、法律家でないため、訴訟手続に通曉せず、ここに「(ローマ)法律およびカノン法の研究に熟達した一名の聖職者に委せ」る慣行が生まれたという。⁽²⁶⁾後にクックが、「人為的理性」論を振りかざす下地はすでに、教会裁判所の判事の生誕過程のうちにあったともいえるか。

第二に、司教は、単一の人間の生命では堪え切れぬ課業を負っていた。そこから教会の普通法 *droit commun* は、一般的に大助祭という形で補助者を与えてきたが、それが慣行になると、一二—三世紀には、大助祭が侵奪によって自己の裁判権をかちとってきた。⁽²⁷⁾さらにまた司教が自己の裁判権を保持する場合にも自らは裁判せず、その名の下で専門的知識をもつ判事による裁判の慣行が生じてきた。

そしてこの判事の抬頭により、判事とローマ法とが結合してくる結果が生じてきたという。いわば「ローマ法は、カノニストの理論および実務のなかに次第に大きく浸透して行ったにちがいない」と推定される傾向が生じたのである。⁽²⁸⁾

(b) 判事の権能

判事の権能としては一般的または特別の委任により、司教の「全裁判権」が与えられる。「通常裁判官」としては、判決の執行を監視し、そして、その目的でもって霊的懲戒罰 *censure spirituelle* を用いたという。また被破門者の登録簿を保管し、保管させるし、また、その表を地方首席司祭に伝達する。さらにまた、人が、教会法侵犯、隠秘な婚姻、期待時の昇進につき心穏やかならぬ聖職者、聖務執行地に留まらぬ聖堂区主任司祭 *curé*、その他のことを指摘する送付先は判事であった。

また非訟事件の裁判権 *jurisdiction gracieuse* を行使し、後見人および保佐人を任命し、無能力者の財の譲渡を承認するのをもまた判事である。さらに判事は証書を受理し、それに印璽を押捺することにより公正性を付与し、遺言の執行を監視する。

聖俗管轄の最も競合する聖職禄事件 *matière bénéficiale* については、聖職禄受領者指名権 *droit de présentation* を行使することを催告し *provocuer* 寄進創立者の指定 *designation* を受理し、被選定者 *élu* を彼の聖職禄の占有者とす。〔聖職禄については後出(三)、「イギリスの複雑性」の項参照。〕

これらは後出の法にいう「総代理 *vicaire générale*」にあたるものであり、司教の全事項にわたってそれに代って責務を負った。⁽²⁹⁾

(c) 特別委任状による行為

特別委任状 *mandat spécial* があるときには、判事の行う当該行為を受任者は行うことができることになる。その主たるものは以下の如くである。

婚姻事件の裁判、聖職禄事件の裁判、刑事事件の裁判、司教区の区民の秩序攪乱の懲戒、受品者 *ordinand* に他区受品許可状 *lettre dimissoriale* を与えること、司教区の巡察、司教区の会議の招集、聖堂区を統合または分割、聖職禄の授与、聖職禄放棄 *resignation* の受理、聖堂区主任司祭の転任 *permutation* の承認、聖職者をその品級から退けること、聖職者からその聖職禄またはその聖務を没収すること等。⁽³⁰⁾

(4) 教会裁判所の管轄

(a) 管轄の歴史的拡大過程

次に教会裁判所の「管轄」を概観して見ることにする。まず教会裁判所の管轄権の起源から拡大過程を眺めて見たい。ただし、世俗裁判所との管轄権の競合の問題は後に検討することとする。

フルニエによれば、そもそもコンスタンティヌス帝死後間もなく外法廷の裁判形式が整備されたが、その時期以来、聖職者および修道士は、自己の司教の下にしか引致されないとされたという。ここに聖職者等の特権を媒介として、

教会裁判所の管轄が形作られてくることになったといえる。

しかし、刑事訴追では、最終決定をしないまま、世俗の裁判官と提携する慣行も生じてきた。しかも漸次、刑事事件においてさえ、聖職者の「被免除特権 *immunité*」を享受する傾向が強くなってきた。そしてこの傾向は、ついに、刑民事を問わず、自己の教会の長によってしか裁判されぬという特権を獲得するにまで至ったという。⁽³¹⁾

かくして、一二世紀の中頃に、すでに教会裁判権は頂点に達した。その人的管轄は拡大され、聖職者を相手とする訴訟を審判するのみならず、十字軍戦士、学生、さらに若干の事項では、寡婦、孤児にまで及んだ。⁽³²⁾

もとよりその管轄は霊的事件にはすべて及んでいた。例えば、教会戒規 *discipline ecclésiastique* に関するもの、修道誓願、聖職禄、十分の一税の占有に関する諸問題等を挙げることができるだろう。

また秘跡関係の裁判官として、婚姻の効力、子の嫡出性の決定、死者の終意の番人として、遺言の執行とその執行に係わる係争の審判を挙げうる。⁽³³⁾ この点、婚姻の秘跡性を楯にその世俗的事項に属する領域まで管轄権を拡大した点を考慮するならばその重要性は容易に理解しうるであろう。

宣誓された意思の番人としては、宣誓に対する敬意を確たるものにし、偽証を罰する。

教会への喜捨物として、封建的負担滌除讓渡 *amortissement* の効力により、封建的位階制外に置かれた財物に対する侵害の抑止機能を営む。

さらに、「異端、迷信、魔法等信仰違反に関する犯罪の審判」、「放火、誘拐、聖堂・修道院に対する武器を手にした侵犯、略奪、神の休戦侵犯の審判」、その他多数のものが司教の外法廷に提起されていたという。⁽³⁴⁾

(b) 管轄の種類

次に民刑事を含めた教会裁判所の管轄という観点からみれば、「人的管轄」と「事物管轄」で異なる。「まさに、この

人的管轄と称せられるものは、中世社会の一つの特殊性を表現するものといえよう。尤も、この区別は、近代イギリス法において、植民地における管轄問題として重要な意味を有するし、⁽³⁵⁾現代でも、国際私法上の問題として別の意味を有するに至っていることも忘却しえないであろう。」そこで以下その種別にしたがって概観してみよう。

i 人的管轄

そもそも聖職者が世俗裁判権から免ぜられてきたことは、換言すれば、教会裁判権に属するものとしたことは、伝統的な原理としてその起源の探求の必要性はないとしばしば言われてきたが、⁽³⁶⁾教会裁判所として形を整えてきたこと自体、それ程明白な論拠は見出されえず、今日的観点からみれば、探求すべき課題の一つになっているといえよう。ただここで取り扱う管轄問題は、その点まで踏み込まず、一二世紀半ば以降の状況について瞥見するに止めるものである。

① 対人事件 *cause personnelle*

前述の如く、そもそも対人事件あるいは刑事事件では、聖職者は世俗裁判所に招致されえない。しかも呼出されたときにはその裁判官の管轄権を拒否する権利と義務がある。裁判官がそれを強行するときは、最高の霊的刑罰が科せられる。また、聖職者は逮捕（物的呼出 *citation*）の対象にはならない。但し、若干の例外はあるが、その場合にも、遅滞なく教会裁判所へ身柄を返却すべきものとされたという。⁽³⁷⁾後述の如く、イギリスにおいては、この点をめぐり、聖俗間の激烈な争いが生じてきた。

② 聖職者の動産

聖職者の動産は、世俗裁判官によっては差押えられえない。「動産は人に従う *mobilia sequuntur personam*」の原則に服するからである。⁽³⁸⁾動産が、この時期にそれ程社会的価値をもっていなかった時代であったためである。

但し、イギリスにおいて、一二世紀に一時クラレンドン条例が出され、聖職者の特権について打撃が加えられたこと

については後述する。⁽³⁹⁾しかしこの時点では、結局教権の勝利となった。もっともその抗争はなおその時点で断絶したわけではなく、繰り返し蒸し返されたことも摘示しておかねばならない。

③ 特権

だが同時に、前述の如く、一三世紀に建前としては聖職者の特権はほぼ最高潮に達したのにも拘らず実務上はしばしば軽視されたこともまた事実である。⁽⁴⁰⁾

なおかかる特権が無視されたときの世俗の役人に対する制裁は、最大のもは先にも触れたごとく「破門」であったことも忘却できないであろう。⁽⁴¹⁾そして、破門が三度なされなればお聖職者が俗権から解放されないときには、その拘置された「地」では、聖職禁止 *interdict* の制裁を受けた。⁽⁴²⁾

④ 立法的措置その他による緩和措置

ところで、かかる厳格な法の適用に対しては、教会自身による緩和的措置も取られていた。それは、教令等による場合もあれば、適用過程における解釈による場合もあった。

α 教令等による事例として、フルルニエは、まず重大な犯罪の場合を挙げることができる。その場合には聖職者は教会裁判所によってその身分を奪われる。その結果、その犯罪に関して処罰するのは世俗裁判所であるという論理が働いて、世俗裁判所へ引き渡されることになる。⁽⁴³⁾一二一五年の教令はその手続を示すものであったという。

但し、一二世紀の二つの教令によると、教会はあらゆる制裁を科し、また懲治不能の聖職者以外は世俗の手へ引き渡してはならないことになっている。しかしまた、教会が、身分を奪われた聖職者さえ逃亡するのを助けることがあったようである。一二〇五年には、王と領主が、教会に、国王ないし領主裁判所の執行吏 *sergent* が逮捕しえないような聖地に彼らをかきまうことをしないよう要請した事実もあるという。⁽⁴⁴⁾

β 聖職者に値しない偽聖職者⁽⁴⁵⁾

聖職者の範疇からはみ出す幾つかのいわゆる「聖職者」が存在する。フルニエの挙げた例として、剃髪もせず、聖職者の衣服も纏わない婚姻した聖職者、寡婦と婚姻し、あるいは、再婚した「複(重)婚 bigamus」の聖職者、商業を営む聖職者等がそれである。かかる場合に教会裁判所はかかる者の保護を断念するという。ことに、最後の例として挙げた商人の聖職者という範疇については、世俗権力から教皇へ身分の不可侵性排除の要請がしばしば出されたといわれている。それはある意味で社会的に商人が抬頭したこととその新興階級に対する法的保護の不十分なところから、教会裁判所の保護が求められた現象とも捉えうるであろう。

γ 現行犯

聖職者の現行犯、あるいは、遅滞すれば裁判から免れうる状況の存在するとき、世俗裁判官による逮捕が認められる。但し、その場合には逮捕後直ちに教会裁判所への引渡が要件となった。尤も、この原則に対して、特別準則あるいは地域的慣行の優先性が認められていた。例えば、逮捕に際し教会判事等の立会いを求めた事例も紹介されている。⁽⁴⁶⁾「この点については、世俗裁判権(第一章第二款)で言及する。」

δ 一二六〇年勅書

この一二六〇年の勅書は、教皇アレクサンドル四世から、聖ルイ王に対して特権を認められたものであり、内容は、殺人、肢体切断その他重大な犯罪について有責の聖職者、または、公衆の声によってその犯罪につき弾劾された聖職者(「公の被悪評者」)を、教会裁判にかけるため引き渡すことを申出た場合に、国王役人は、その逮捕行為によって「破門」されることはないというものである。尤もこの勅書の趣旨は、王を霊的刑から放免するだけで、その国王役人の行為を是認する意味をもったものではなかったとい⁽⁴⁷⁾う。

ε 主従関係

最後に、主従関係によって拘束されている聖職者に関し、封保有に係わる債務の履行関係はその君主の裁判所に招致されるのが通常であったという。⁽⁴⁸⁾

⑤ 世俗裁判所への聖職者の呼出の禁止

以上は聖職者自身に係わる刑事ならびに民事の権利義務関係における管轄事項であったが、対人関係で、世俗の裁判所へ呼び出されることがあるかという問題が取り上げられてくる場合もある。

原則は、世俗裁判所の管轄に、その場合でも服さないということである。それは自らの特権の放棄も禁止されていたし、また聖職者対聖職者関係で、世俗裁判所に呼び出しをかけることも禁止されていたためである。しかもそれは、敵罰をもって違反が取り締まられたという。単にそれは聖職者個人の問題ではなく、秩序違反をもたらすものと受け取られたからである。⁽⁴⁹⁾

⑥ 世俗裁判所による特権の受容

これらの教会裁判所の特権は、一三世紀には、世俗裁判所によって基本的に受容されていたことが指摘されている。⁽⁵⁰⁾

ii 民事の事物管轄⁽⁵¹⁾

民事の事物管轄に属する事項としては、以下のものが挙げられる。

① 霊的事件 *cause spirituelle*。信仰、秘跡授与、誓願、教会懲戒罰とその結果、選定、すべての聖職禄事項に関しては排他的管轄をもつ。また霊的事件の内の主たるものとしては、 α 婚姻事件、 β 嫡出、非嫡出の決定、 γ 夫婦財産制に関わる事項等を挙げうるとされる。② 霊魂の責務にかかわる諸問題。③ 寄進、十分の一税、保護権（聖職者推薦権⁽⁵²⁾）。なお、寄進に関わる問題として、教会または聖職者に属する財物⁽⁵³⁾に関して生じる訴訟、とくに喜捨物。④ 俗人の約束⁽⁵⁴⁾。⑤

遺言。⑥敬虔遺贈。「なお、約束だけで法的拘束力を認めるか否かは、今日の英米法学において、法の根本問題にまで遡って論ぜられる問題になっているが、カノン法における約束に対する取り扱いと、後に触れるコモン・ロウの立場が異なる点があるが、そもそも論議の契機になっていることも、ここでは付記しておきたい。」

iii 刑事の事物管轄⁽⁵⁵⁾

刑事の事物管轄に属する事項としては、以下のものが挙げられる。

- ① 聖なる場所（聖堂、修道院、礼拝堂、墓地）を犯す罪、但し、窃盗、謀殺は世俗裁判官より逮捕される。
- ② 修道所において犯された軽罪と重罪。
- ③ 瀆聖。
- ④ 信仰に反する罪。
- ⑤ 瀆神。
- ⑥ 聖物売買。
- ⑦ 神の休戦にたいする侵犯。
- ⑧ 利貸⁽⁵⁶⁾。
- ⑨ 一定の規律の遵守違反。

とくに、利貸が刑事罰の対象になっている点、中世ヨーロッパの一大特色を形成することを銘記せねばならない。ここに商業の発達に関する一つの特色が生まれてくるからである。

(1) Caenegem, op. cit., p. 126. 訳一三四頁。

(2) ここで「制度」に関する定義づけをするわけにはいかぬが、次ぎの点は、この概念を使用する上で留意していることを摘示しておきたい。

「制度」概念は個人的実践の所産ではない。それは社会的実践に係わる概念である。しかも、それは単なる規範の総体を意味するものではない。それは規範意識だけでは、その具象化が担保されえない。むしろ社会的実践が一定のルール化しており、それが社会の構成員を拘束するという意識が社会的に定着してくるところに、「規範」概念が独自の概念として生まれてくるものと捉えている。従って、規範概念は、いわば社会構成員に対しては絶対的存在として意識されるが、社会現象として分析するならば、そこには社会構成員の規範に対する性格性付与があり、その根底には、規範を現実社会において担保する手段、すなわち、究極的には、物理的力の存在を捨象して規範の社会的存在はありえない。しかもその場合

に、規範に対して、単に力の行使によってその規範が担保されているという認識はなく、正しい規範であると判断を下しうる機構が先行し、それ故受容されねばならぬという意識が生まれてくるのでなければ、「力」に対して「力」を行使することが不当だとする意識が社会的には支配的にならない(私的救済の禁止)。ここにまさに「権威」概念が必要になってくるし、かかる「権威」が「権力」に支えられ、しかも「権力」によって構成員が支配されるのではなく、「権威」によって支配されるのだという社会意識が醸成される時、その規範を社会的実践の指針として社会が受容してくる状態が生まれる。その時、個人の支配者の「命令」としてではなく、「法」が「制度」として機能しうると観念することになると言ってもよいと捉えている。

なお、現代における英米法学において、institutional proceedings といった用法が、良く見出される。この institution という概念が、しばしば「制度」と訳される。この「制度的」法的把握の仕方が、フランスの一九世紀末から二〇世紀にかけて活躍した「制度」理論、ことにオーリウの制度理論にどう絡むのか、あるいは、ドイツのカール・シュミットの制度的保障のコンセプトにどう連なるのか、さらにわがくにの公法学者の「制度的保障」論とどう関連するのか、といった点の検討が絡んでくるが、それは本稿の課題の延長戦上において究明しなければならぬものと思うが、ここでは留保しておかねばならない。

- (3) ティアニー、前掲二〇頁以下、とくに二四頁。W・ウルマン、前掲(政治思想)一三六頁以下。また位階の客観化に関しては、ギールケ『中世の政治理論』、坂本仁作訳、一九八五年、ミネルヴァ書房、二二六頁注(212)参照。なおこの段階では、教会の人格概念は未だ成熟していなかった。ギールケ、前掲六五頁、それにも拘らず、職務に関する概念とその機能といった現代の「政治思想」にかんする観念の先駆的形態はこの時期に見出しうる。ウルマン、前掲四〇頁。但し、この点について、グレゴリウス改革における秘跡論争、すなわち、カトリック教会の正統的見解とされる秘跡にかんする客観主義的解釈(聖務重視論)「事効論」が主観主義的解釈(執行者重視論)「のちの異端(人効論 || ex opere operantis)』に対立することによって連なるかという点については未考であるので、言及は差し控えたい。堀米庸三「正統と異端——ヨーロッパ精神の底流」(中公親書)、中央公論社、一九六四年、IV頁参照。

- (4) E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913. ヘルリッヒ『法社会学の基礎理論』川上倫逸・M・フブリヒト訳、一九八四年、一一〇頁。

- (5) この点について、わが国で早期に関心をもったのは内田力蔵ではなかったかと思う。第二次大戦後、一早く、ベントムの立法論に着目したのは、その発想の基底にかかる意識があったものと思われる。内田は、「ベントムの立法理論研究への

序説」、東大社会科学研究一巻一号、一九四六年、「イギリスにおける法の支配について—民主社会における司法のありかた序説」法時二二巻一号、二三巻三号、二四巻一〇号、「立法と法の支配」、法時二五巻一号、「法の神秘性—英米における法と市民—(一一三)」、ジュリ三八、三九、四一、四二号、「イギリスにおける裁判の独立性と公正について」、法時二六巻二号と問題を展開したが、その基礎にある裁判所論を究めようとして、その分析そのものからは遠ざかって行った。そして、わが国の法学界からその関心をもつものは殆どいなくなってしまったように思われる。

(6) フールニエ、前掲一頁。わが国においても、世俗裁判所と世俗法の体系化、ことに中世後期における「学識法曹」の役割に関する研究は相当量に達し、それにまつわる「理性」論も指摘されてきている。河上倫逸『法の文化社会史—ヨーロッパ学識法の形成からドイツ歴史法学の成立まで』、ミネルヴァ書房、一九八九年。本箇所に関連して、河上の論考から引用するならば、次ぎの指摘が有意である。すなわち、

「法科大学出身者の活動の場は、一般教授免許の建前からしても、当然ながらストゥディアや法科大学であり、その内容は法教育であった。だが、そうした分野の人材受入能力にはおのずと限界があり、『非実用的な法学識』の持ち主達も、その内的侮蔑感はともあれ、否応なく、徐々に実務へと参入せざるをえなくなっていったのである。そして同時に、それは法律学の『パンの学』への変質の開始となったのである。」

「ここで法科大学卒業生のその後の進路を概観してみると、当時の大学の性格を考慮すれば肯づけることであるが、最初の進出先はカトリック教会であった。彼らはまずは僧侶として教会行政に参与し、次いで一三一—一四世紀に教会の裁判制度が改編されて教区首席判事 *official* なる機関が設けられるや、学識あるユリステンとしてそうした地位を独占することによって、司教の手から司法の指導権を奪い、遂にはカトリック教会内の最上級審たる教皇裁判所 *Rota Romana* を支配するに至ったのである。」前掲二五頁。

(7) フールニエ、前掲一四頁。

(8) Swanson, op, cit., p. 39. 一三五〇年までに、*コモン・ロウ*では非嫡出子を自由出生と認めていたが、*カノン法*では、特免がなければ位階制度の中には入りえなかった。特免権は、教皇のみならず司教ももっていた。

(9) 日本基督教協議会文書事業部・キリスト教大事典編纂委員会編『キリスト教大事典』、改訂新版、教文館、一九九一年、九六四頁。

(10) 免属に関しては、なお本款の「三 イギリスの複雑性」の箇所而言及する。Swanson, op, cit., pp. 17—21.

(11) フールニエ、前掲一五頁。

(12) フールニエ前掲一五頁。なお一六頁では、内法廷を「天の法廷 *forum poli*」、「良心の法廷 *forum conscientiae*」とも

いっている。「良心の法廷」は、イギリス法における衡平法裁判所が、当初「良心裁判所 court of conscience」と称せられていたことと無縁ではないと思われる。

また、「内法廷」は、英語では *internal forum*。「外法廷」は *external forum* と称する。「外法廷」と「内法廷」の区別はカノン法によるもので、「外法廷」は、中世教会の *public courts* であり、「内法廷」は、告白室において教会が認めたいわゆる罪に関しての悔悛に関するもの。R. H. Helmholz, *Canon Law and the Law of England*, 1987, p. 122.

キリスト教と刑事罰との関係については、初期教会の教父達は、ストア学派の自然法を利用したという説もある。例えば、ロンメンは、クリストウム I. Chrysostum (一407)の言を引用する。すなわち、「婚姻・殺人・遺言・寄託物に関する諸規定、不当利得の禁止および無数の他の事柄に関する規範を立法者はどこから採り入れたのか？なるほど祖先伝来かも知れない。しかしさらに遡れば結局は良心に達する。神が創造に際して人間に与え給うた規範を基礎に立法者がその法律を發布したことは明らかである。審きはその存立をこの根本法規に負っている。刑罰の法規についてもそうである」と。

Heinrich A. Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 1947. ハイน์リッヒ・ロンメン『自然法の歴史と理論』、阿南成一訳、有斐閣、昭和三十一年、三五頁以下。

現在、ローマ教皇庁の教会裁判所 (Tribunalis) は三審制をとっており、内赦院(良心、免償問題「教理そのものは検邪聖省」)、控訴院(各司教区裁判の第二審)、大審院(最高裁判所)からなっている。キリスト教大事典、前掲二九三頁。

(13) フールニエ、前掲一五—一六頁。

(14) 第一章第一節第一款注(3)参照。

(15) フールニエ、前掲一六頁以下。イギリスでは、コモン・ロウは刑事事案における限定された種類の管轄権しか教会に与えようとしなかったという。特別の性格をもたぬ犯罪に関しては、管轄準則は、明らかに、告解制度の「内法廷」における場合を除いて教会管轄権を排除した。世俗裁判所が排他的管轄をもたねばならない。しかし、現実の実務におけるものは、勿論、別であると言われている。cf. Helzholm, *op. cit.*, [Canon Law], p. 126.

(16) フールニエ、前掲一六頁。censure とは、「最高度に、『懲戒罰 poena medicinalis』の性格を有する。即ち、それは、単に、キリスト教社会に加えられた不法 injure に対して報復するばかりではなく、さらに、そして、ことに、犯人を悔悛させる運命を担っている」という。

(17) フールニエ、前掲六五頁。

(18) Swanson, *op. cit.*, p. 163. なお、Helmholz, *op. cit.*, p. 2. 民事を *civil or instance jurisdiction* あるいは *instance side of ecclesiastical jurisdiction*、刑事を *criminal or ex officio side* と称している。

(19) 仲裁人になるということは、パウロの「コリント人への手紙」の助言によるとフルニエはいう。前掲一八頁。

「仲裁」と「裁く」という概念の橋渡しについては、フルニエは次の如く述べている。「司教職 *episcopot* が高位聖職者 *dignité* 中の首位をしめていた、コンスタンチノーブルのようなほとんど完全にキリスト教的な都市では、このような合意に基づく仲裁 *arbitrage conventionnel* が、強いられたのではないにしても、少なくとも法律によって認められた裁判 *jurisdiction* に移行するためには、一步を進めるだけでよかった。」「もしユースティーアヌスが自身でこの変移を完成したことに疑いがあるとしても、同帝が彼の全力を尽くしてこの変移を助長したことは確かである。そして、これを構成することに当てられた、コーンスタンティヌス法典の諸章のすべてから、彼の死亡した世紀の末以来、すでに古きものとなった事實は、国法 *loi de l'Etat* に変わっていることを、われわれは知りうる」と。フルニエ、前掲。

なお、Swanson, *op. cit.*, p. 166. ここでは、民事事件における教会裁判所の役割は、主として、悔悛と刑罰によってバックアップされた法廷、そして、仲裁の場としてであったと言っている。

また「裁く」という概念については、Rechards, *op. cit.*, p. 363 et seq. esp. 365.

前述の新約聖書の「コリント人への手紙」(「四・三―五」)のパウロの言葉に出てくる「裁く」という概念について、同辞書の説明を参照すると、そこから直ちに、フルニエが指摘した、パウロの助言に従い、司教は「キリスト教徒たちの当然の仲裁人である」という指摘は出てこないし、ましてや、そこから法律によって認められた「裁判」へ一步進めればよかったという指摘は、なお説明を要する点ではなかったかと思う。

ここでは「裁く」という重要な概念とキリスト教との結合の契機を論理的ではなく、歴史的事実のみ依拠して説明しているように思われる。

なお、後にロックが、その「政府二論」の第二論文第七章第八七節において、「そして、かくして、あらゆる個々の構成員のすべての私的判断は排除されるので、共同社会が、すべての当事者に無差別にかつ同一性をもって、定着した常設の諸準則によって審判者 *umpire* になり、…」と述べているが、その思想は周知の如く、私有財産制度を前提とした論理構成であり、中世後期における理論的根拠に直ちに作るわけにはいかないもので、その「仲裁人」論の起源については暫く留保しておきたい。

ただこの点に関する一つの示唆として、塙浩「フランス法史上の権力と刑事法」(塙「フランス・ドイツ刑事法史」(塙浩著作集④)、信山社、平成四年、一八頁参照。「したがって、ことを平和的に解決するのを望むかぎりにおいてであって(一〇—一三世紀を通じてできえ)紛争事件の七〇ないし八〇パーセントは、裁判以外の方法で解決されているのである。」「裁判以外の方法とは、第一には、友人・封主などの第三者(—*boni viri, probi, prudentes viri*)による和解への斡旋であり、

裁判進行中さらに法廷決闘の直前にこの方法へ切りかえられることが多い。第二には、やはり第三者による調停であり、裁判中裁判官の提唱でこれに切りかえられることも多い。第三に、比較的進んだ形として仲裁があり、これは、一一世紀中頃以後、違約罰条項または担保を仲裁契約に附して仲裁制度確立に努めた教会法の影響もあって漸次重きをなすにいたり、国王権力または大諸侯権力が形成強化されて行く一二世紀には、仲裁は次第に調停にとって代り、仲裁制度は一三世紀まで、教俗両裁判所で裁判制度と並行的に発展して行くのである。「右のような裁判自体もまた仲裁的性格をきわめて強くもつ状態は、その行為主体を別とすれば、かの古代の裁判状態を連想させるものがあるが、少なくとも刑事的事件に關して、右のような非裁判的解決方法が、超城主支配圏的な空間領域において、厳格な意味での裁判的方法によって完全に代位されるにいたるまでは、この後何世紀かを必要とするのである。」

(20) フールニエ、前掲三三頁。

(21) Caenegem, op. cit., pp. 131-6. 訳一四〇—五頁。(訳は主として小山訳に依拠したが、若干の手直しをした。)

裁判官という職の発生する経過についてカネヘムは以下の如く指摘する。すなわち、「(中世)初期の裁判所は正規の裁判官から成っていなかった。かくして、フランク族の判決発見人 *rachimburgii* は所与の事件ごとに公衆から選ばれたのであり、シャルルマーニュになって初めて、(終身の形で選任された正規の裁判官である)審判人 *scabini* が設けられたのである。審判人は決して訓練を受けた専門家ではなかった。というのも、彼らの主たる業務は軍事及び農事にかかわっていたからである。しかし、彼らが規則的にしかも通常はかなり長期間裁判官席に就いてからは、一定の専門性 *professionalism* が徐々に入り込んできた。」「中世後期にはゆるやかな専門化の進展が見えた。」

「多くの都市では審判人ないし長老参事会員が終身の形で選任ないし選挙され、このことがこれらの者に裁判官としての専門性をいくらかもたらしたが、これらの者が同時に政治家・行政者・実業家であり、さらに、あるいは都市の土地所有者でもあったことは、忘れられてはならない。」(p. 131.)

「国王裁判所において真の専門裁判官が登場し、裁判の専門化が進むにつれ、公衆の参加が減じたのである。」「公衆の役割が減じるにつれて、専門裁判官の役割が増大した。」「その進展の諸相を良く知られている。」「出発点においては、つまり『中世第一期』換言すればほぼ一二世紀までは、特別の訓練を受け、裁決をその主たる活動とする裁判官という意味では、専門性はほとんどなかった。一定の裁判官が長年の間訴訟事件を審理することにより法及び訴訟手続方式に対する実務上の知識を取得したという限りでの、一定範囲のものがあっただけである。これら初期の裁判官のある者は、封臣と共にクーリア *curia* を開催する封建領主であったり、あるいはパグス *pagus* の伯 *comes* の裁判所で裁判しているカロリング朝の審判人であったが、しかし他の者は荘園裁判所での農民であり、州裁判所でのシェリフ *sheriffs* であ

り、あるいは都市裁判所での市及びベイリフ bailiffs であった。これらの人々は誰一人正式の訓練を受けていないし、また判決をその主たる職としていなかった。」(p. 133.)

(フランスでは) 専門化はより広汎に拡がっている。なぜならば、あらゆるプロヴァンスを通じての下級の裁判所ですら数百ではなく数千に達する大学卒業生でかの専門家が任務に就いているからである。これはイングランドとの旧いときの対照であるが、というのは、三つのコモン・ロー裁判所は一二名の裁判官でどうにか間に合すことができたのに対し、パリ最高法院は一二九七年に五一名を数え(ていた)。(p. 134.)

「ヨーロッパ大陸におけるこの歴史現象の主要な諸段階は、次のごとく要約しうる。最も早い時期の専門化は教会内部で生じた。一二〇〇年頃までは、古くからの司教クーリア curia episcopalis が法的な仕事及び他の多くの仕事を処理していた。それは人民裁判所(a people's court)により近いものであった。というのは、それは司教の側近から選ばれた種々の聖職者のみならず、比較的年長の指導的俗人によっても構成されていたからである。それは伝統的な仕方、厳格な訴訟手続や準則に拘束されることなしに議論をし判決を下した。」「一二世紀が終る前に、このむしろ素人的な裁判方法は司教区裁判所裁判官とその裁判所に道を譲り始めた。この裁判所では判決は、大学卒業生である訓練された法律家の手中にしっかりと掌握されていた。この法律家は、訴訟手続に関する学問の成果である『裁判手続論』に叙述されている生まれただけのローマ・カノン法的訴訟手続の厳格な準則を適用した。この裁判官が新訴訟手続の所産なのか、それともその逆であるのかについては、幾分不確実である。」

「一三世紀には司教裁判所が西方教会の通常の地方の裁判所として確立することになったし、また疑いもなくこれがあらゆる所において専門家判事への道の突破口になった。」(p. 135.)

なお司法官僚の形成については、カネヘムは次ぎの如く述べている。すなわち、「独立性が高まることは権限が高まることに等しかった。判事はやがて仲間の市民の上にも高められた。それは『同輩による裁判から上位者による裁判へ』と叙述することができるような移行である。後者の状況は、ローマ帝国後期において広く見られた。そこでは皇帝の被選任者の手中に裁判はおかれたし、またローマ教会において少なくとも司教判事創設以後支配的であった。俗人が教会裁判所に出头すると、司教の代理により裁判され、最終審では教皇裁判所の聖職者により裁判されたのである。位階制的観念はきわめて顕著であった。というのは、グラティアーヌスが述べているごとく、『キリスト教徒には二種ある。聖職者と俗人である』。しかも後者が聖職者に服することは明白だったからである。」(p. 142.)

(22) Swanson, op. cit., p. 166 et seq. [4・5 Spiritual jurisdiction.]

(23) イギリスでは judge と称せられていたようである。 Helmholtz, op. cit., [Canon Law], [Roman Canon Law]

ともに judge で表現している。

(24) フールニエ、前掲三三—三四頁。

(25) フールニエ、前掲三六頁。イギリスについては、一一七三年のウェストミンスター司教会議は officialis を、必要ならば司教の代理をする責務を負う者としているし、一一八八年の著作にも、その指摘があるという。また、この時期にイギリスと密接なノルマンディでも officialis が機能しているという一二二四年のルーアン司教会議の決議書中の指摘がある。フールニエ、前掲三五頁。

(26) フールニエ、前掲三六頁。現在のイギリス国教会では、司教区に司教裁判所が存置されている。それは consistory court (司教裁判所) と称せられ、その裁判官を chancellor と称する。但し、カンタベリ司教区では the commissary court と言われ、その裁判官を The commissary general と称せられる。Halsbury, op. cit., [vol, 14] para, 1274. なお大陸における判事の供給源は大学であった。河上倫逸前掲二五頁。

(27) フールニエ、前掲三七頁。

(28) フールニエ、前掲三八頁。なお河上、前掲四六—七頁参照。ここでは、大学卒業の法律家が、教会の多くの地方組織における行政・裁判に進出し、教会中枢の機能も法律家の手によって担われ、全ヨーロッパ的規模で教会組織それ自体が「変容」したという点を重視している。そしてそれが媒介環になって、世俗領域への法律家の進出が計れたことを摘示している。なお、上山安敏編『近代ヨーロッパ法社会史』、ミネルヴァ書房、一九八七年、「第一章法律学の形成と学識法曹の社会的進出」(河上執筆)、一五頁以下参照。

ここで判事の種類について、フールニエの指摘を紹介しておく。

この時期に教会裁判所の判事に二種類生じた。第一は、「首席判事 official principal = officialis principalis」であり、第二は「地方判事 official forain」であったという。フールニエ、前掲三九頁。首席判事といわれるものは、その権限行使の名義人の居住地においてその職務を遂行するものであり、その管轄はその地区全部と、「事件全般」に及んだという。また首席判事は、特定の任務を帯びる受任判事ではなく、通常裁判官 juge ordinaire であった。さらに首席判事は、司教の裁治権の行使のために存在するものである。司教自身への「上訴」手段は開かれていない。尤も、首席判事へ、司教皇は答書 rescrit によって、特定事件にかんする司教皇の裁治権を委託することはありえたという。フールニエ、前掲三九—四〇頁。ところで司教区に一人の首席判事がおかれるのが通例であるが、大司教区等では二人置かれる場合も見出される。これに対し地方判事は、管轄が制限されている。また地方判事は、受任者 delegate の資格をもつ。したがって、司教への上訴も認められる。また地方判事へ、司教皇から裁治権を委託されることはなかった。

次に判事の資格について紹介する。フルニエ、前掲四二頁。判事の資格から見ると、通常裁判官と受任裁判官との間に違いが生じていることに留意せねばならない。通常裁判官（首席判事のみが該当する）は一定の資格要件を充てなければならない。すなわち、男性で二五才以上であること、欠格要件として、奴隷、精神異常者、破廉恥者であつてはならないこと、聖職者であることを要する。その他、司教区でもろもろの要件が課せられている場合もある。これに対し受任裁判官は一八才以上であることを。そして司教によって任意に任免される。

(29) フールニエ、前掲四三頁。

(30) フールニエ、前掲四四頁。なお、イギリスでは、宗教改革後直ちではないが、教会裁判所自体の大きな変革は、一九世紀の裁判所改革に伴う。その時、教会裁判所の世俗事項は大幅にカットされた。すなわち、名誉毀損は一八五五年法(Ecclesiastical Courts Act, 1855, s. 1)によって除去。遺言事項は、新たに作られた検認裁判所へ移管(Court of Probate Act, 1857, ss. 3, 4)。婚姻事件は、新たに設置された離婚裁判所へ移譲(Matrimonial Causes Act, 1857, ss. 2, 4)。但し、本法は婚姻許可の下付については影響を与えなかった。この点に関する実際のカットは、ドクター・コモンズ Doctors' Commons の閉鎖によって生じた。かれらが、教会裁判所の被聴権を独占していたからである。この慣行は次第にコモン・ロウの法律家に聞かれていったという。そして、一八六〇年には、(礼拝中の)喧嘩 drawing を罰する権限が廃止された(Ecclesiastical Courts Jurisdiction Act, 1860, s. 1)。Halsbury, op. cit., para. 1264.

また、教皇の特任判事の機能とその受入れ拒否の問題については、Helmholz, op. cit., [Canon Law], [2 Canonists and Standards of Impartiality for Papal Judges Delegates] p. 21 et seq.

(31) フールニエ、前掲一八一―九頁。聖職者の被免除特権については、具体的には、七六一―〇頁。

(32) フールニエ、前掲一八頁。

(33) フールニエ、前掲一九頁。イギリスについては、Holdsworth, HEL. vol. 1, p. 621 et seq.; Pollock & Maitland, op. cit., vol. 2, p. 366 et seq. また遺言と遺言の執行については、op. cit., vol. 2, p. 331 et seq.

(34) フールニエ、前掲一九頁。なお異端に関して、イギリスと大陸との違つたところについては、Pollock & Maitland, op. cit., vol. 2, p. 544 et seq. またイギリスの魔法 sorcery については、op. cit., p. 552 et seq.; Holdsworth, HEL, vol. 1, p. 619, (道徳違反の項目の摘示とチョーサーの引用。)異端審問と魔女狩りとの異同については、森島恒雄『魔女狩り』、岩波新書、一九七〇年、四七頁以下。また、異端審問のやり方についての概説として、ギー・テスタス&ジャン・テスタス『異端審問』、クセジユ、安斎和雄訳、白水社、一九七四年、四〇頁以下。さらに、具体的な一例としてのテンブル騎士団の事件を取扱ったレジヌ・ベルヌー『テンブル騎士団』、クセジユ、橋口倫介訳、白水社、一九七七年一一七頁以下参照。

- (35) *Lex loci* に関するインド委員会の報告の重要性はまさにこの点にあると言えよう。本報告は、大英博物館の好意によりコピーしたものでいざれ詳細に考察してみたいと思っている。
- (36) フールニエ、前掲七〇頁。
- (37) フールニエ、前掲七一頁。
- (38) フールニエ、前掲七七頁。
- (39) フールニエ、前掲七一頁。
- (40) フールニエ、前掲七〇頁以下。
- (41) フールニエ、前掲七二頁。
- (42) フールニエ、前掲七二頁。最高の靈的刑罰は「破門」である。不可侵性との関係については、前掲七五―六頁。「破門」と「禁止令」の一二世における民事関係の乱用についての事例は、リュシエール、前掲四〇二―三頁。
- (43) (44) (45) フールニエ、前掲七三頁。
- (46) フールニエ、前掲七四頁。さらにリュシエール、前掲二四頁。この時代は、人身、財産に関する安全保障が存在していなかったということを、時代把握の前提にしている。そして「悪党どもを処罰するのに、破門しか方法がないとは何とも心もとない自衛手段である」という。また、同六一頁では、教会は、「破門や禁止令」を武器に警察活動をも担っていたと指摘している。
- なお「破門」といふのは、cf. Helmholtz, *op. cit.*, [Canon Law], p. 101 et seq. [6 Excommunication as a Legal Sanction: The Attitudes of the Medieval Canonists.]。また「禁止令」といふのは、*op. cit.*, [4 The Writ of Prohibition to Court Christian before 1500] p. 59 et seq.; [5 Writs of Prohibition and Ecclesiastical Sanctions in the English Courts Christian], p. 77 et seq. *など*と宗教改革前の「破門」といふのは Swanson, *op. cit.*, pp. 179-81.
- (47) (48) (49) フールニエ、前掲七四頁。
- (50) フールニエ、前掲七五―六頁。
- (51) フールニエ、前掲七九頁。
- (52) フールニエ、前掲八〇頁。フランスでは、聖職者推薦権は靈的事件に付属するものとされるのに対し、イギリスやノルマンディでは、王権に属すると主張されていた。ここに聖俗紛争発生の一つの契機があった。Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 2, p. 136 et seq.
- (53) フールニエ、前掲八一頁。

- (54) フールニエ、前掲八二頁。
(55) フールニエ、前掲八四頁。
(56) フールニエ、前掲八五頁。

(四) 刑事手続

(1) 序

後に触れるが如く、教会裁判所の刑事手続は民事手続をモデルにして整備されていったものである。しかし、社会的に見れば、刑事裁判という秩序維持装置があつて、構成員間の紛争処理が可能になるので、まず刑事手続から眺めることにしたい。

そもそも教会に刑事裁判が存在するということが自体奇妙に感じる。しかし、周知の如く、それは今日の「犯罪」ではなく、先にも触れたとおり⁽¹⁾の⁽¹⁾に⁽¹⁾に関する裁判である。そして、先に「煉獄」の思想を紹介したときに、この思想が「刑罰」といかに深い関係をもつものなのかということに言及しており、中世社会の秩序維持のための罪と罰は、宗教界の援助を必要とした。したがって、かかる教会裁判所に刑事裁判の存在することは中世の特色の一つであり、中世の中世たる所以であり、またその手続が場合によっては苛酷になりうるものであったところに、宗教と世俗事項の結合の恐ろしさを感じさせるものがある。尤も、世俗裁判所の刑事判決も、極めて有効性をもたず、現実には、力による復讐の横行していた時代であつた。⁽²⁾しかし、この教会裁判所の刑事手続、ことに後に触れる糾問手続が大陸の世俗裁判所の刑事手続のモデルになつていったことを思うと、この点の紹介は重要になつてくる。

そこで刑事裁判権の手続について、フールニエが摘示しているところに従つて眺めてみたい。いまその手続の特徴を

概括している中で、本稿に係るある点のみ摘出しておくと以下の如くである。⁽³⁾

① 被疑者に関するカノン法上の訴訟手続には、基本的に三つの類型があったといわれる。⁽⁴⁾ すなわち、弾劾手続 *accusation*、⁽⁵⁾ 告発手続 *denunciation*、⁽⁶⁾ そして糾問手続 *inquisition* ⁽⁷⁾ がそれである。ことに糾問手続は雪冤 *purgation* 手続ともいわれ、その手続の起源はゲルマン部族の間の習俗からカノン法が採用してきた。しかもこのカノンの雪冤手続「一定の要素を排除しているのでカノンの」といわれる⁽⁸⁾ は中世の間に目覚ましい発展を遂げたといわれている。なおその他に、司教区会議訴訟手続があり、⁽⁸⁾ さらに手続上、看過しえないものとして、「抗弁 *exception*」の制度がある。⁽⁹⁾ これらについては、イギリス法と大陸法を分岐せしめる契機を含む故に、改めて後述することにする。「第一章第二款(世俗裁判権) 二(三)「イギリスの歴史的特殊性」の項参照。」

② 次に、刑事手続に関し、前述の如く弾劾手続の基はゲルマン部族の慣習に起因するものもあるが、刑事手続一般の進め方としては、その諸準則の大部分を民事訴訟手続から借用してきたという。⁽¹⁰⁾

③ さらに刑事裁判の管轄についてみれば三つの場合があり、被告人の住所地の裁判官の管轄、犯罪地の裁判官の管轄、そして、逮捕地の裁判官の管轄が認められていたが、犯罪地の裁判所が優位に立っていたという。⁽¹¹⁾

④ なお訴訟手続の特徴として、刑事訴訟においては、民事訴訟と異なり非公開、すなわち、秘密 *clandestinie* が絶対準則であったという。⁽¹²⁾

(2) 弾劾手続

まず教会裁判所で行われた刑事手続の内の「弾劾手続」は、ゲルマン部族の習俗から採択したため、私的訴追の特色をもつ。現在なお英米の刑事手続は、基本的に私的訴追の構造を採択している点を照らし合わせ興味深い点であるといえよう。⁽¹³⁾ しかも、本稿の課題に照らして、この制度に一言触れておくと、ミルゾム *Milson* が指摘するが如く、この制

度は、それは何が法であるかを問うものではなく、従って、訴訟の本質的要素といわれる、ある機構に問題を委ねる方式ではなく、いかに相手方を訴訟の場に引きずみ込むかが課題の時代の産物であったといえよう。⁽¹⁴⁾ここでは究極の判断者という問題は殆どなく、未だ力の行使に一定のルール化のニュアンスが被せられている程度のものであったといえる。尤も、ローマ法の原理として、加害者の制裁を追求するのは、公権力ではなく、被害者ないしその近親者の負担であったという事実も興味深い。⁽¹⁵⁾

しかし、社会の発展した中世において、私的訴追のみに頼ることは出来ず、いち早く公的訴追の制度をカノン法は導入したという。すなわち、重要な犯罪を「公罪 *crimen publicum*」(「私罪 *crimen privatam*」に対して)とし、弾劾する *accuser* 権利を「若干の資格条件を併せ満たす全市民」に付与した。このことは、カノン法の創意によるものであるが、そのアイデアはローマ法の立法のなかに見出したという。さらに、教会裁判所における「公罪」の類型も、ローマ法の範疇を取り入れたが、カノン立法によるものもあるという。なお「公罪」のなかには、大逆、異端、聖職売買、姦通、偽造、殺人、不法取立等が包摂されている。⁽¹⁶⁾

興味深いことは、「私罪」という観念があり、盗み *vol* や誹毀 *injure* のようなもの、すなわち、個人の利益侵害にたいするものが包摂されていたということであろう。

なお、略式裁判 *sommairement* なる手続も存在した。それは、司教が巡察の際に、急速な吟味と、重要度が低い「軽罪 *leve crimen*」について判断を要したところから生じたものという。⁽¹⁷⁾

しかし、弾劾手続は、しばしば、被害者の怨念のみに基礎づけられる。その手続の存在は、この場合には結局「組織的な私的復讐」となり、キリスト教の教理に反してくると指摘されてくる。⁽¹⁸⁾

そこから、フランスでは次第に他の手続によって取って代わられ、一三世紀には、僅かな利用の余地しか残されてい

なかったが、なお、教会の公式の訴訟手続としては残存した⁽¹⁹⁾。

ところで弾劾手続には準備手続 *procédure préliminaire* と本手続 *procédure principale* の二段階から構成されている。

i 準備手続。準備手続は四点に集約される。

①原告は、まず裁判官に弾劾の対象 *objet* を知らせ被疑者の身柄を拘束する。しかし、この拘束は罪の立証不成功の場合には、同害刑 *peine du talion* に服することになる。それはイギリス法における不法拘禁 *false imprisonment* という不法行為の訴えの効用に類似している。

②裁判官は、情報を得るために被弾劾人を呼び出す。

③被弾劾人は、性質上審理形成を防ぐべき種の抗弁を提出する。その効用には現在のイギリス法における起訴前の審理手続 *pre-trial procedure* に類似する面があるといえる。

④裁判官は、弾劾にまつわる諸理由の簡略な審理 *connaissance sommaire* をなした後弾劾を承認するか、却下するかを決定する。弾劾が承認されると被弾劾人は「被告 *reus*」の名称になる。⁽²⁰⁾

ii 本手続

裁判官が有罪判決を下す場合は、その心証は、被告の自発的な自白か、「真昼の光より明るい *lucē meridiana clarior*」論破不能の「証拠」に基づくことを要するというカノン法の基本的法諺による。⁽²¹⁾

裁判官の機能は、証拠に関して職権探知主義を採らず、提出された陳述を評価して心証をうるに止どまる。したがって、「論ぜられたことと立証されたことに従って」判決は下されねばならない。⁽²²⁾

iii 判決

判決は、有罪判決、放免判決、および、カノンの雪冤の下命の三種に分かれる。

判決は *sentence* といわれ、刑は、法定刑で、ローマ法の法律とカノン法によって定められたものである。⁽²³⁾

(3) 告発手続 *denunciatio*

弾劾手続の欠陥は、ローマ帝国時代にすでに現われていた。そして、「公共の安全」について、監視の責を負う役人に、告発による犯罪訴追の任務が委託された例を見出す。そして、この例がカノン法に影響を及ぼしてきたという。⁽²⁴⁾ いま告発手続の特徴点を摘示すれば以下の如くである。

①第一に、この手続は「略式手続」である。その手続は、完全手続 *procédure complète* というより、訴訟手続の開始の一類型であると解される。しかし、重大な嫌疑の結果として、雪冤は導かれることもあるという。

②その類型は、グラチアヌス法令集の段階ではまだ詳細に規定されていない。グレゴリアーナ「IIグレゴリウス九世の時の教令集(一二三四)」の段階までその整備は遅れてくる。

③その手続は、社会全体に重要かつ危険な犯罪について、告発を受けた教会上長 *supérieur ecclésiastique* は、方式的な弾劾手続をまつことなしに、その事件を審理し、かつ、犯人を罰することを要した。

④この手続開始の必要な前提条件は、被告発人の「悪評 *diffamatio*」ということである。ただこの手続をとる前に警告 *monitio* をすることが告発人に要求されている。

⑤この「告発(訴訟告発ともいう)」に大きな影響を与えたものに「福音書告発」というものがある。それは新約聖書の「マタイによる福音書一八・一五—一八」に依拠してなされる告発であり、それは「犯罪の抑圧 *répression*」ではなく、「兄弟の愛徳 *charité fraternelle*」により鼓吹されるものである。換言すれば、「その最終目的は、教会の権威によってカノンの悔悛 *penitence canonique* を課する」ことにある。⁽²⁵⁾ もし悔悛しないときは「破門」によって教会から追放

される。したがって当面の告発手続と本質的に異なる。当面の「告発」は、正義の義務によって鼓吹されたものである。それ故悔悛が目的ではなく、刑罰の判決を与えることにある⁽²⁶⁾という。

⑥次に、学者の中には、告発手続を二つに分け、「公的訴訟告発 *denunciatio judicialis publica*」と「私的訴訟告発 *denunciatio judicialis privata*」に分類するものもいる。

「公的訴訟告発」とは、職務として、違法行為を通報する責務を負う教会人によってなされる告発である。例えば、大司教の管区内を巡察する途次、巡察他の裁治権者宛てに、巡察中確認した秩序攪乱を罰するよう促すためになす告発などがそれである⁽²⁷⁾という。この場合は、性質上、「愛徳的警告」の前置は必要ない。

「私的訴訟告発」は、本質的に私罪に属する誹毀、窃盗から生じるもので、その不法侵害、専制的誅求の犠牲者から、私的利益を害なう違法行為を止めさせるための告発である。この告発は、現在の英米法における差止命令を求める場合に通じるものがあるといえよう。ただしその起源については、刑事手続の一環として構成されたものである⁽²⁸⁾。

しかし、この場合にも、第三者からの告発を許容するかという問題が生じる。フルルニエによれば、それは排除されてくる⁽²⁹⁾。

教会裁判官は、職務上告発せねばならぬ者からの告発以外は、訴追の決定につき判断の自由(裁量 *apprediation*)をもつ⁽³⁰⁾。

教会裁判官は訴追を決定したときには、そのために最も有効な方途を選択する。換言すれば、「カノンの雪冤」を命じることのできるし、「糾問手続」をとることでもできる。その場合の糾問手続は、特別なもので、形式的には、「推訟人と共に *cum promovente*」ということになっているが、実質的には、告発人が、訴訟において、被疑者の相手方になり、有罪判決を求め、証拠の提出をする⁽³¹⁾。

さらに、「悪評」の立証は、告発人の負担である。その場合、悪評の確認手続なくしても糾問手続は開始されうる。⁽³²⁾ 告発人は、自身で有罪判決を追求するが、同害刑の危険を冒してまで立証する義務はない。ここに告発と弾劾との区別があるといわれている。⁽³³⁾

最後に、被告発人が被告になるのは何時かという問題がある。それは被弾劾人の場合と同じく、「被告状態」になった時であるが、その状態の起点は、裁判官が告発を承認し、事件の審理を開始した時期ということになる。現在のイギリスの刑事手続において、正式起訴 indictment がなされたとき、被疑者が被告になると共通している。⁽³⁴⁾

(4) 糾問手続

(a) 糾問手続の起源⁽³⁵⁾

後世「糾問主義」という名の下に、主として刑事手続法を支配し、また、かなりの批判の対象となった糾問手続が、キリスト教の趣旨と如何に合致しうるか、それがどのような形でカノン法の中に取り込まれるのかという問題は、近代訴訟手続法を考える場合に甚だ興味深いテーマを提供してくる。しかし、この点も繰り返し断わっているように、私の専門ではない。したがって、これまたフルニエの論述を採用することにする。

フルニエは、雪冤宣誓 serment purgatoire がその起源と関係することを論証しようとしている点は興味深い。⁽³⁶⁾

① まずこの問題の前提としては、これまでも触れてきた「悪評 diffamatio」という事実が先行する。しかし、ローマ法では、「公けの風評をもってする被悪評者」に対し、訴訟手続を取ることはなかった。⁽³⁷⁾

② 評判 bruit に根拠があるか否かを認識するために彼を訴追することを許すということは、本来カノン法の創設に関わるものであるという。

ところで、この創設に関しては、二つの方法があったという。

(i) その第一は、ゲルマン慣習からの方法であった。そして、それは先に告発手続の箇所で触れたとおり、ゲルマン「雪冤 purgatio」を教会法的に昇華させた「カノンの雪冤」となったものである。⁽³⁸⁾

(ii) その第二は、糾問手続といわれるものであり、カノン法の独自の創造に関わるものであった。⁽³⁹⁾ そこで、糾問手続を瞥見する前に、まずこの「カノンの雪冤」の起源について眺めて見よう。

ゲルマン法は、ローマ法と異なり、責任のないことを立証するのは、被弾劾人であった。原告の断罪に対して、被告は適式の否定をもって答弁し、それを支えるのに「宣誓」という手段を用いた。また、十分な数の宣誓補助者 *cojureur* の援助を呼び求め、彼らの宣誓により、被告が信用に足ることを宣言したという。

だが弾劾人が、その否認を拒否し、否認を偽証と主張するときには、その問題を決するため、「神判 *ordalie*」ないし「決闘 *combat*」によって決せられる。⁽⁴⁰⁾ そしてこの手続は、被弾劾人の場合のみならず、被悪評者の場合にも適用されてくる。⁽⁴¹⁾

しかし、教会は、ゲルマン部族と接触し、その影響を受けざるをえなかったときも、その訴訟手続の非合理性のため、そのまま受け入れることはできなかった。ここに、この雪冤手続から神判と法廷決闘を排し、「カノンの雪冤」手続を生み出したのであるという。⁽⁴²⁾

ここで注目すべきことは、「宣誓」ということは、そもそもキリスト教と結びついたものと理解されやすいが、実は、外来的な行為であり、この雪冤手続に取り入るに当たっても躊躇があったという点である。それは福音書の若干のものが、宣誓を「悪しき」ものとして排しているように見えるからであったという。⁽⁴³⁾ しかし、現実との関わりでは、それを受け入れざるをえず、しかも、その受容の論理として、教会は、神の御名と聖者の遺物を証人とすることを無駄にする必要はないし、また、永久に真なる御方を、いかなる形であれ、およそ嘘に加担させる必要はない、とのキリスト教原

理によって、比較的容易に受け入れる方向に動いたといふ。⁽⁴⁴⁾

次に、「雪冤」の諸原則について摘示しておこう。まずイノセントイウム三世が即位した時の状態から摘示することにする。

まず、「雪冤」を命じる必要性の有無の判断は、裁判官の裁量の範囲内である。

「雪冤」は、本質的には、被疑者によってなされる宣誓提供である。「彼は聖福音書に手を措いて、彼が非難されている原因たる不法を犯したものでないと断言する。」

「雪冤宣誓補助者 compurgator」は、裁判官が状況判断により数をきめる。彼らは、被疑者の宣誓したことを真実とする言明をするのであって、被疑者は責任がないということ誓うのではない。

「雪冤宣誓補助者」は、被疑者を知る人々、しかも、出来る限り被疑者の隣人から選ばれる。被訴追者が聖職者である者には、被疑者と同位のものの中から選ばれる。⁽⁴⁵⁾

しかし、弾劾手続にせよ、「被悪評者」に抗する手続にせよ、いずれも欠陥の多い手続であったので、イノセントイウム三世は、より有効かつより確実な第三の訴訟手続を構成すべく努力した。⁽⁴⁶⁾

ことにイノセントイウム三世は、高位聖職者 *prelat* により犯された不法の抑圧を当面解決せねばならぬ急務と考えていた。そこでイノセントイウム三世は、犯罪の訴追をすべて準備手続から解放し、これを教会上長に委ねることを考え、その迅速化を図ったという。それまでの教会裁判官の役割は、第三者たる弾劾人、または、告発人のイニシアティブに任せ、しかもこれらの人々が訴訟活動をするか、不活発なまま留まるかの自由を保持していた。⁽⁴⁷⁾

イノセントイウム三世の改革は、公の意見によって警告された場合には、教会裁判官は、自ら動き、そして事件の審理を開始する。これを「職権的訴追 *poursuite d'office*」と称した。彼によって刑事訴訟手続に画期が到来してくること

になる。⁽⁴⁸⁾

職権的手続 *procédure d'office* は、本質的には、裁判官が、被疑者と対席をする証人に対する尋問 *enquête* を核とする。この証人尋問を一般には「糾問 *inquisitio*」と称する。尤も、この語が一般的に用いられた場合には、あらゆる証拠探知 *recherche de preuve* を意味した。そしてこの用法は、すでにローマの法律家によって使用されていたという。⁽⁴⁹⁾

ところで、この職権糾問手続を法典化して認めたのは、第四次ラテノウ公會議（一二一五年）においてであった。しかし、それは旧来の「カノンの雪冤」を消滅させたわけではなく、一三世紀中続いた。そして、前述の如く、糾問手続によってカノン法から近代立法のなかに導入されたという。⁽⁵⁰⁾「大陸法において、刑事訴訟手続が教会裁判所の糾問手続から近代化の途が辿られてくるのに対して、イギリス法では、後述するが如く、弾劾手続から近代化の途が辿られてくる。ここに大陸法とアングロ・サクソン法の分岐の一つの大きな契機が存在したと言っても過言ではないであろう。尤も、今日、イギリスにおいて弾劾主義の系譜に基づく刑事手続に疑問が投げかけられ、フランスの予審制度 *instruction criminelle* を羨望する声も聞えてくるが、それは今日の課題への対応の問題であり。かつ、興味深い点と言えよう。⁽⁵¹⁾」

(b) 糾問手続⁽⁵²⁾

糾問手続はいわゆる刑事訴訟手続ではない。それは、カノンの弾劾手続である。そして、カノン法ではそれを刑事訴訟手続と呼んでいた。それこそカノン法の立場からみれば、真の犯罪に関わるものであるからである。カノン法の立場からみれば、弾劾手続以外の要素は、民事的に訴訟行為をなすに過ぎず、被告は、「代訟人」によって自分を代理させることさえ可能であったのである。⁽⁵³⁾

糾問手続の開始は、一つは「職権」により、他は「第三者の要望」による、換言すれば、「推訟人と共に *cum promovente*」する糾問手続に分かれる。後者は、通常、告発手続の結果として措られるものである。⁽⁵⁴⁾

手続の開始は、裁判官の主導による。以下訴追開始権の行使の状況について列記したいと思う。

①不可欠の前提として、被告の「悪評」の存在が必要である。すなわち、重犯罪 *crime grave* で非難 *imputer* されるに値する公けの風評の存在が必要である。たとえば、聖職売買 *simonie*、偽証、近親相姦、姦通、さらに、弾劾手続によって生じるすべての犯罪等が含まれる⁽⁵⁵⁾。

②さらに、「良き人々 *gens de bien*」の意見が、これらの犯罪の一つを特定個人に帰さない限り、裁判官は、証人尋問 *informer* しえない。(なお、*informer* という語は、イギリス法で今日なお刑事事件の事前審理手続において用いられる *informant, informer*に通じるものをもっている。)そして、その手続要件を満たさずに手続を進めることは、権限踰越 *excès pouvoir* を犯すことになる。その場合には、被害者に「不法損害」の「上訴 *appel à gravamine*」開始の道を拓くことになる⁽⁵⁶⁾。

③「良き、かつ、重要な人々」による「悪評」を要件とすることに關する準則は何も書かれていない。その場合に、裁判官は、「準備糾問 *inquisitio praeparatoria*」の手続として犯人探知の責務を負う。そしてある特定人の「悪評」とかその「徴表」とかを捉える場合には、その特定人にたいし「特別糾問 *inquisitio specialis*」を開始しようとする⁽⁵⁷⁾。

④また、教会判事が、管区内の諸聖堂区を「巡察」するとき、信者 *paroissien* を呼び出し、彼らの知っている重大な秩序攪乱を宣誓して報知するよう要請する。これを「一般糾問 *inquisitio generalis*」と称する。そして必要なき場合は、告発された個人に対し、「カノンの雪冤」か「特別糾問」かとを命じるといふ⁽⁵⁸⁾。

⑤次に、被告が先行要件の「悪評」を争う場合の手続に触れる。その争い方は、職権的訴追の場合と、「推訟人と共に」行う訴追とは異なる。後者は後述するが、前者は「不法損害」の上訴方式以外に救済の途はない⁽⁵⁹⁾。

⑥裁判官が「悪評」の存在を認めると、一定期間を定め、期間内に弾劾手続で訴追することを欲する者の出頭を促す。

もし「適格弾劾人 *accusator legitimus*」が出頭しないときは、裁判官は、雪冤か糾問かいずれの手續を選択するといふ。⁽⁶⁰⁾

⑦「糾問」手續をとることを決定した場合には、「被悪評者」の出頭を裁判官は命じる。裁判官は、そこで必要ありと認めるときは、拘禁することができる。

⑧裁判官は、最初の出頭後、「糾問条目書 *capitula inquisitionis*」を被悪評者に伝達する。それは「悪評」の対象になる諸事実の一点毎についての要約を伝達する。それは被疑者に非難 *imputation* を知らせるためである。訴訟事由を告知しないで尋問に入るとは出来ないし、その「糾問条目書」に示されなかった違法行為を理由に罰することはできない。

⑨裁判官は、対象諸事実について「当事者尋問 *interogator*」とする。それは、その項目について、自白をえ、係争事実を明確に決定するためであるといわれている。自白がないときには、係争点としての「諸条目」の立証に入る。⁽⁶¹⁾

「糾問条目書」は、民訴の「措問書 *positions*」と「証言項目書 *articuli*」との役割を演じる。

⑩「立証」は「証人」によってなされる。証人尋問手續を認めるか否かは、民訴の準則に従う。「証人」名は、被告に告げられ、忌避権は認められている。しかし、被告は、証人の供述の際には立ち合わない。供述は、裁判官の面前で行われる。裁判官が必要と認めるときには、不利な証人に対して、自己に有利な証人を対置させることもありうる。被告は、単に相手方の立証に対して否定するだけではなく、自己の無責を間接的に明らかにしうる事実を探求することができる「例、アリバイ」。また裁判官は必要に応じて、現地検証を命じうる。⁽⁶²⁾ それは、裁判官の職権探知を意味し、古来の弾劾手續と区別されるべき本質的特徴の一つであるといわれる。⁽⁶³⁾ 「そして、この影響の下にイギリス刑事法における陪審制度による立証方式と異なった、自白を中心とする大陸法の刑事方式が一三世紀に確立してくることにあり、この学識

法的証拠ないし法定証拠 *preuves savantes or legales*、特に拷問の使用が、フランス革命の勃発時に廃止されるまで続くことになったし、大陸法における真実発見を刑事法において旨とするか、当事者主義に徹するかという考え方の違いとして、その後も長く分岐状況を形成してくることになった。⁽⁶⁴⁾

弁護士は、被疑者に不利に採用された証拠方法を論難し、被告のために提出した証拠について論じる *argument*。

⑪裁判官は、口頭弁論 *plaidoirie* の後に、「訴訟終結 *conclusio in causa*」を言渡す。⁽⁶⁵⁾

⑫判決は、有罪が放免かという形をとる。ただ、被疑者の無責の確信がえられないとき、また、有責の確信もえられないとき、被疑者に「カノンの雪冤」を命じることもあるという。

同一犯罪の場合につき、糾問手続と弾劾手続の結果である刑罰に相違が生じる。弾劾手続の場合の刑罰は、前にも言及したが、報復 *vengeance* の精神に基づき、ローマ法、カノン法で定められた法定刑 *peine legale* が科せられるが、糾問手続の場合には、愛徳の精神に基づく、より緩やかな「懲戒罰 *poena medicinalis*」が科せられる。⁽⁶⁶⁾

しかし、次ぎの二つの場合には、どちらの手続によろうと、刑は同一になる。すなわち、それは殺人と聖職売買の場合である。⁽⁶⁷⁾

ここで、「推訟人と共に」する糾問手続の場合に移ろう。

推訟人は、今日の検察官 *ministere public* の役割を果たすもので、通常は、告発人であり、証拠蒐集し提示するか否かは自由であった。

一四世紀になると、司教は、個人に委ねられていた告発・犯罪追求の責務を、代訟役 *Procureur* または推訟人に託するようになったという。さらに、推訟人は次第に訴追のみならず、諸々の審理行為 *acte d'instruction* を行うようになる。しかし裁判官はすべて有罪の基礎となる証拠を推訟人に期待する程後退はしていなかった。いわば、推訟人は裁判

官の助力者となるという。⁽⁶⁸⁾

「推認人と共に」する糾問手続は、準備手続と本手続に分かれる。

①「準備手続」。まず追求しようとする者が、眞実公衆の声によって非難されていることを立証する責任を負う。しかし、被疑者が争わぬ場合には必要がない。その悪評の存在は証人により証明されねばならない。尤も、被疑者はその証人を、自己に有利な証人を尋問することで叩きうる。裁判官は本案 *l'ord* に先行してこの問題を決定せねばならない。⁽⁶⁹⁾

②「本手続」。本手続は、「職権的」糾問手続の場合と異なる。あらゆる点において民訴の諸準則に服する。

まず推認人は、訴状の中で、彼が通報する犯罪の懲罰を請求する。争訟過程では、当事者双方が裁判官の前で肯定—否定の形で行う。「職権的」糾問では当事者が出席しないので、争訟過程は問題にならない。

立証は通常的方式で行われる。

③判決は職権的糾問と同一の諸準則に服する。⁽⁷⁰⁾

最後に異端に対する訴訟手続について触れる。

まず、異端の地位づけであるが、宗教社会において、その構成員の罪の中で最高のものとされる。

糾問裁判官 *tribunal d'inquisition* または宗教裁判所 *saint-office* は、信仰に反する犯罪を審判する例外裁判所である。教皇から、直接にドミニコ修道会の修道士に権力が与えられ、特使として信仰違反の糾問をするものであった。

糾問官の下では、弾劾手続、告発手続、糾問手続のいずれかがとられる。しかし、異端審問の場合には、この準則が大きな抵触に遭遇する。⁽⁷¹⁾

とくに問題になった「拷問」にのみ触れると以下の如くであった。

自白を引き出すために、拷問が使用されたのは一三世紀であったという。それまでは、拷問を命じた裁判官の方が違

法とされたからである「受品障害」。それが採択されたのは、ローマ法の影響による。そして異端者に対して大逆罪に類せしめられたという。事実、拷問は、カノン法本来の制度ではなく、学説彙纂、勅法彙纂の中から起源を求めねばならない。そして、一二五二年のイノセントゥス四世の大勅法では、糾問官が異端に対して拷問を使用していたように思われ、またウルバヌス四世の決定で、拷問を命じる裁判官の受品障害の責から解放され、それ以降教会裁判所において受けいれたという。尤も、拷問は異端審問以外の訴追には殆ど利用されなかったともいわれている。⁽⁷²⁾

異端訴訟は、有罪判決、雪冤宣誓を命じる判決、異端捨棄宣言 *abjuration* によって終了することになる。⁽⁷³⁾

(5) 周知犯罪と抗弁

(a) 周知犯罪

「周知犯罪」とは、民衆のすべて、あるいは、大部分によって、確実であるとされる犯罪をいう。法律家はそれをさらに三つに分類する。すなわち、第一は、「法による周知事実」（判決あるいは当事者の自白から出た確実性ある事実）、第二は、「確定による周知事実」（法的推定、例えば、父子関係を婚姻の効果にかかわらせる推定から出てくる確実性ある事実）、第三は、「事実による周知事実」（全人に明瞭、明白かつ確実性のある事実）で、ここでは、この第三の範疇のものを取り上げている。⁽⁷⁴⁾

まずこの場合には、処罰手続が著しく簡略化されてくる。裁判官は、判決を言い渡すのみである。成程争われる場合もありうるが、その時争いうるのは、その事実そのものではなく、「周知」か否かである。そして、この場合の判決に対しては上訴は認められない。

フルニエは、その例として、三つのグループに分けてこれを紹介した。

①まず「継続的動作をもってする行為に関する周知事実」で、姦通的結合または近親的相姦的結合がこれに当たると

いう。

② つぎに「一過的動作をもってする行為に関する周知事実」で、公の市場での殺害がそれであるという。

③ 最後は、①と②の中間に位置するもので、「反覆的動作をもってする行為に関する周知事実」で、近代でいう常習犯罪がそれにあたり、当時においては、明白な利貸人 *usurier* がこれに当たるといふ。これはキリスト教の立場から利子つき貸し金の授受を禁止していたことによる。⁽⁷⁵⁾

(b) 抗弁

ところで被告には、訴追に対して、弾劾人あるいは証人に関し、その能力がないという争い方がある。これは、ローマ法に起源をもつ防衛方法で「抗弁」と称せられる。

実際には、弾劾人あるいは証人が、有罪であることを申立て立証する場合である。

抗弁が認められた場合の効果は、弾劾人あるいは証人の権利を奪うに過ぎないということも留意せねばならない。⁽⁷⁶⁾

(6) 教区会議と巡察

(a) 教区会議と教会裁判権

教区会議は、教会裁判権を行使しうるので、これまで述べてきた司教中心の裁判にたいして一言触れておかねばならない。

まず教区会議の性格から触れねばならない。教区会議の起源は古く、司教が、自己のまわりに、司教座聖堂つきの「プレスビテリウム *presbyterium*」のメンバーのみならず、指導の責を負う司教区全域の司祭たちを集める習慣をもっていた。これがその起源であるといわれている。⁽⁷⁷⁾

教区会議は、定期的に開かれるようになったが、その開催地は、司教都市だけでなく、司教の巡察した地でも開かれ

る。カロリング時代に、区内の徳望家を指定して、教区会議証人 *temoin synodal* の名の下に、聖職者または俗人が犯した犯罪を探知し、通報する責を負わせた。

この教区会議証人、宣誓、雪冤宣誓、神判、そしてこの自由人の集会である教会会議は、すべてゲルマン部族の慣習に起因するもので、かなりの抵抗があったのにも拘らず、カノン法に取り込まれてきたものである。それ故、教区会議裁判権が発展し、長く固執されたのはドイツとゴール北部であったという⁽⁷⁸⁾。

したがって、フランスでは司教区の大部分で教区会議付教会裁判所としての性格を保存しなくなっていたという。一三世紀には、教会裁判所が確固として構成されるにいたったから、教区会議証人の職は消滅状態になっていた。これに反し、フランドル地方では、開催回数には違いがあるが、一三世紀全体を通じて古い慣行が存続した。さらに、消滅状態にあった南部フランスの大司教区においても、異端審問のために教区会議証人とは言わなかったが、その役割をもつたものを創設し、異端嫌疑者を告知する責を負わせた⁽⁷⁹⁾。

(b) 巡察と教会裁判権

なお、司教、大司教および彼らの判事は、管轄区域内を巡察し、教会裁判権を行使しえたことを銘記しておかねばならない⁽⁸⁰⁾。

(1) 刑罰と教会の現世の結合は、ことに修道院において厳しいものがあつたし、かなり早期から、その現象は見出される。

修道院はその成り立ちから分散的であり、自己規律的であつたからである。浜林正夫、前掲二五頁。

(2) Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 2, p. 557.

(3) イギリスでは、刑事法はロモン・ロウの所産であるとされ、それも研究は乏しかったといわれている。S. F. C. Milson, *Historical Foundations of the Common Law*, 2nd, ed. 1981, p. 463 et seq. それに対して、教会裁判所の刑事手続につ

ては、なお研究が乏しかったといわれている。Helmholz, *op. cit.*, [Canon Law], [7. Crime, Compurgation and the Court of the Medieval Church.] p. 119 et seq.

- (4) フールニエ、前掲一八六頁。
 - (5) フールニエ、前掲一八七頁。
 - (6) フールニエ、前掲二〇二頁。
 - (7) フールニエ、前掲二〇六頁。
 - (8)(9)(10) フールニエ、前掲一八六頁。
 - (11) フールニエ、前掲一八七頁。
 - (12) グラソン、前掲二八一頁。
 - (13) フールニエ、前掲一八七頁。
 - (14) Ives, *op. cit.*, pp. 1-19.
 - (15) フールニエ、前掲一八八頁。
 - (16) フールニエ、前掲一八八頁。但し、弾劾は市民の「権利」であるが、「義務」ではない。前掲一八九頁。
 - (17) フールニエ、前掲一八八頁。
 - (18) フールニエ、前掲一八九頁。
 - (19) フールニエ、前掲一八九頁。なお Holdsworth, *HEL*, vol. 3, pp. 620-1. 一三世紀以来ヨーロッパの多くの諸国では有効な刑事手続の設立の必要性を感じていた。広くこの必要性は、その時、あるいは、以後に一般的には、一定の弾劾者が被疑者に対して手続をとる旧い手続を一掃し、そして、通常の法的手続により、被疑者の有責性を立証することを引受け、カノン法の糾問手続きを代置させてきた。この新しい手続は、弾劾の様式を採らず、国家によって開始される糾問の様式を採った。
- ibid.* n. 1. フランスでは、一六世紀に正式の当事者による弾劾は、法の抑圧なしに消滅したというエスマン Esmain の「大陸刑事訴訟史」一四三頁をホールズワースは紹介している。
- op. cit.*, pp. 621-2, ホールズワースは、私的訴追がイギリスでは続く点で、糾問主義とは対照的であるとする。
- 但し、古い弾劾手続は近代国家の必要性に適応させられた。すなわち、大陪審による告発 *presentment* と正式起訴 *indictment* の機構が、訴えに代わられたし、小陪審による事実審理が決闘による審判に代わったし、また、より古い訴えの桎梏となっていた技術的な準則は消滅したという。 *op. cit.*, p. 621.

- (20) フールニエ、前掲一九二頁以下。
- (21)(22) フールニエ、前掲一九六頁。
- (23) フールニエ、前掲一九九頁。
- (24) フールニエ、前掲二〇二―三頁。
- (25) C. H. S. Fifoot, *English Law and its Background*, 1932. フィフット『イギリス法―その背景―』、東大出版会、一九五二年、伊藤正巳訳、五〇頁。ファイフットは、極めて皮肉な言葉で悔悛の乱用を揶揄している。すなわち、聖職者に適用になるカノン法が、法と道徳との間の漠然たる中間領域を支配し、婚姻の秘跡に伴う微妙な問題を調整するに止どまらず、その影響を宗教法から世俗法へと拡大していった、そして「罪を犯した僧侶が国王の裁判の権力から免れることを主張できる特権は、ことばのたやすく生じる転移によって、拡大された僧侶の特権 (Benefit of Clergy)、すなわち、すべての知識ある一般人が、単に『免罪詩』 (neck-verse) を読むだけによって死刑をいける苦痛を拇指に無害な印をおされることに代えてもらい、これによって癖の悪い犬のように比較的自由に最初の一噛みをする事ができる特権を享受することのできる権利となった」と。(拙注、犬の件はイギリスの不法行為法で、最初の噛みで被害を受けた人は、その癖を飼い主が知らない以上、飼い主の責任を問えぬという準則があったのを指している。) なお、「免罪詩」とは、聖書の詩篇五一 (Psalms 51) を指す。要は、罪を犯したものが、主にすがって、憐れみを請い、罪を清めて下さいと懇願する箇所である。
- (26) フールニエ、前掲二〇三―四頁。
- (27) フールニエ、前掲二〇四頁。
- (28)(29)(30) フールニエ、前掲二〇五頁。
- (31) フールニエ。前掲二〇五頁。推訟人 *promovens* については、フールニエ、前掲二一六―七頁。推訟人は通常告発人であり、彼が犯罪の証拠を蒐集しかつ提示するか否かは、完全に彼の意思による。また、推訟人は弾劾人のように、主張事実に関する証拠の提出について、同害刑をもって拘束されることはない。前掲二一六―七頁。
- (32)(33)(34) フールニエ、前掲二〇六頁。
- (35) フールニエ、前掲二〇六頁以下、なお Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 2, pp. 656 et seq.
- (36) Helmholz, *op. cit.*, [Canon Law], [7 Crime, Purgation and the Courts of the Medieval Church], p. 119 et seq.
- (37) フールニエ、前掲二〇六―七頁。Helmholz, *op. cit.*, [Roman Canon Law], p. 119. ヘルムホルツは、「悪評」を *lack*

of public fame, no public fame と譯すべし。

- (38) フールニエ、前掲二〇七頁。Holmholz, op. cit. [Canon Law], pp. 152-3, 176-7, 345.
- (39) フールニエ、前掲二〇七頁。
- (40) Pollock & Maitland, op. cit., vol 2. p. 632 et seq.
- (41) フールニエ、前掲二〇七頁。
- (42) フールニエ、前掲二〇七頁以下。イギリスに關する compurgation [宣誓宣誓] といふは、Pollock & Maitland, op. cit., vol. 1. p. 443 et seq.; Swanson, op. cit., p. 175 et seq.
- (43) フールニエ、前掲二〇七-八頁。
- (44) フールニエ、前掲二〇八頁。
- (45) フールニエ、前掲二〇九頁。
- (46) フールニエ、前掲二一〇頁。
- (47) フールニエ、前掲二一〇-一頁。
- (48) フールニエ、前掲二一一頁。官憲の職権的訴追制度は、教会法がその手続を完成した二二五年の第四次ラテノウ會議以後であつた。それ以後急速に南フランスの世俗法に普及し、漸次北フランスに波及した。埒、前掲「フランス法史上の権力と刑事法」七頁。
- (49) フールニエ、前掲二一一頁。
- (50) フールニエ、前掲二一二頁。
- (51) J. R. S. Spencer, French and English Criminal Procedure : A Brief Comparison, in "The Gradual Convergence—Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century", ed by B. Markesinis, 1994, p. 33 et seq. cf. Delmas-Marty, The Judge d'instruction : Do the English Really Need Him?, p. 46, Justice Auld, Some Comparative Reflections, p. 59, in the Same book.
- (52) フールニエ、前掲二一二頁。
- (53) (54) (55) (56) (57) フールニエ、前掲二一二三頁。
- (58) (59) (60) フールニエ、前掲二二四頁。
- (61) フールニエ、前掲二二四-五頁。
- (62) (63) 前掲二二五頁。

(64) Caenegem, op. cit., p. 36, 訳四〇頁。「陪審はフランク君主政の創造物であった。その後ノルマン人がそれらに倣って命名された公国を建てた時に、ノルマン人は(封建制、教会、ノルマン・フランス語と一緒に)障害を土着制度の重要部分として引き継いだ。一〇六六年後ノルマン人は、陪審を、他のきわめて多くのものと同様にイングランドに導入し、広く民事及び財務訴訟に用いた。間もなく陪審は刑事事件にも拡張された。まず起訴陪審の形で、その後間もなく(主として古い神判の危機の故に)有罪か無罪かの問題を決定する事実陪審の形で。ヨーロッパ大陸では、一三世紀に陪審は、ローマ・カノン法的『学識のある(者)の』learned 訴訟手続に含まれる証明制度に道を譲った。後者の訴訟手続は初め教会裁判所で、後には国王及び君公の裁判所で実施された。ノルマンディにおいてすら、そこでは陪審がかつては重要なアングロ・ノルマン的制度であったにもかかわらず、陪審は、ローマ・カノン法型の訴訟手続に好意を寄せるフランス国王の政策の圧力に徐々に屈して行った。」(pp. 35-7.)

- (65) (66) フールニエ、前掲二一五頁。
 (67) フールニエ、前掲二一六頁。
 (68) (69) フールニエ、前掲二一七頁。
 (70) フールニエ、前掲二一五—一六頁。
 (71) フールニエ、前掲二一九頁。
 (72) フールニエ、前掲二二〇頁。
 (73) フールニエ、前掲二二二頁。
 (74) フールニエ、前掲二二二頁。イギリスにおいては current rumour とする。後述。Swanson, op. cit., p. 165.
 (75) フールニエ、前掲二二二—二三頁。
 (76) (77) フールニエ、前掲二二三頁。
 (78) フールニエ、前掲二二四頁。
 (79) (80) フールニエ、前掲二二五頁。

(1) 民事手続

(1) 序

前述の如く、刑事訴訟手続は民事訴訟手続をモデルにした局面が大きい〔前出「(ロ)刑事手続」(1)序参照〕。しかし、よく考えて見ると、教会裁判所における民事訴訟の存在意義は複雑であり、刑事訴訟以上に明らかにされていない点が多いのではないかと思う。既に「管轄」の項で摘示した如き事項が民事事件として取り扱われているわけであるが、極めて多くの分野は「身分法」の夫であり、近代社会の民事法の主役たる「私的取引」に関する分野の狭隘なことは言うまでもない。そこから、近代法の民事法と異質な中世法における民事法、さらに教会裁判所の管轄する民事訴訟の意義が解明されねばならぬのにも拘らず、そのことに触れる文献は少ないように見受けられる。この点は、また世俗の裁判所における民事訴訟の意義の箇所でも再論議したいと考える。⁽¹⁾

そこで取り合えず、そのことは暫時置いて民事訴訟手続が、いかにして構成されたのであろうかという点から瞥見して見ることにしたい。

これまた前に触れた如く、一一四〇年頃のグラチアヌス法令集を挟んで、カノン法は大きく分かれる。そして、この再編されたグラチアヌス法令集以降のカノン法は、ローマ法、ことにユスティニアヌスの勅法彙纂および新勅法の訴訟手続の影響が大きいといわれている。⁽²⁾そしてイギリスにおいてもカノン法が最盛期にあったのは、それに相応するヘンリー二世時代だったといわれている。

いまその新カノン法における新訴訟手続の導入過程を要約すると次の如くなる。すなわち、

①まず改革前の訴訟手続は、全く近代的見地からみれば異質のもので、鷹揚な諸準則、家父長的な行為様式、和解の風習等の慣行に従っていた。この時点までの判決は全く方式が定められていなかったものといわれている。⁽³⁾

②ところでこの改革の導入は、とくに判事制度の普及時とされる一一八〇—一二〇〇年頃の間が生じたという。一一八七年以来「訴訟手続 ordo iudiciatus」を遵守したことを問題にする判決例も見出されるといふ。しかし、その時代

でもまだ方式は不確定であり、訴訟上の行為は不完全であった。⁽⁴⁾

③しかし、ユスティニアヌス法典の導入は、教会裁判所へ、強行的な消滅時効、多数の方式、各種の猶予 *decreti* および書面、その他帝国の裁判権の装置一切を持ち込んだという。ただここで留意すべきことは、ローマの形式主義とカノン法の真実の発見、真実の認識を課題とすることの相違から、カノン法はカノンの衡平を生み出し、裁判官の主導性を確保し、裁判官を予め定められた期間に閉じ込めることを全くしなかった点、カノン法の特徴として銘記しておかねばならない。⁽⁵⁾

④そして、一二二〇年には新しい訴訟手続がフランスの至る所で勝利したという。⁽⁶⁾

⑤まず訴訟手続の特徴として、書面主義であり、非公開であった。⁽⁷⁾

⑥いま訴訟行為能力についてみると、ユスティニアヌス法典では、すべての権利保護を構想せず、訴権 *actio* は限定主義であった。これに対し、カノン法の立場は、すべての権利救済を裁判官の前で追求しうることを基本理念とした。⁽⁸⁾ 尤も、訴訟能力に関する準則は、大部分ローマ法から借用したものであったという。例えば、成年は二五才であったので、それ未満の者は、後見人、保佐人の助成がないと訴訟行為は不可能であった。しかし、婚姻事件に関しては例外規定が存在した。⁽⁹⁾

そこで、民事訴訟手続の概略をここで予め紹介しておきたい。

①訴訟の開始。訴状 *libellus* (主張を開示) を裁判官へ提出する。

②裁判官は被告を呼び出し、訴状を渡し、その請求を認諾するか、否認するかを述べるため一定期間を定める。

③被告が否認したときには、両当事者が裁判官の下に再び出頭し、原告はその請求を提示し、被告はそれを適式の方法で否認を申立てここに「訴訟応諾 *litis contestio*」が生じる。

- ④両当事者の誠実さを「非策謀の」宣誓 *serment de calumnia* によって確認する。
 - ⑤その後、原告は、諸種の論点と状況について、被告の答弁を強いつつ、彼の自白を引き出そうとする。原告がそれに成功しないとき、始めて自己の証拠方法を提出する。
 - ⑥被告は、これを争い、必要に応じて自己の主張を防禦し、原告の場合同様の方法で相手方の主張を打ち破ろうとする。
 - ⑦ついで、弁護士の口頭弁論のための一日が与えられる。
 - ⑧弁護士は相手方の弁論に対して弁駁するのみならず、自身の依頼人のため弁論を提示する。
 - ⑨討議が終結すると、裁判官は判決 *sentence* を言い渡す⁽¹⁰⁾。
 - ⑩なお訴訟手続において、反訴を認めるか否かの問題が存在する。古典ローマ法の方式書訴訟手続の制度の下では、反訴は極く限られた要件の下でしか認められなかったし、慣習法地域の世俗裁判所では認めていなかった。しかし、ユスティニアヌス帝のときに、本訴と関わりなしに反訴を認めた。だが、この手段によって訴訟が遅延することを防ぐため、「訴訟応諾以前」にその申立をすることを望んだ。カノン法はこのユスティニアヌス帝の場合と同じく反訴を認めた。反訴が原告の攻撃に対して防禦の性格をもつときには、まず被告の立証を要した。他方本訴に關係のないときには、原告の立証の後にそれを被告に証明した⁽¹¹⁾。
- 以上が手続の概略であるが、判決に対して当事者はなお争いうる場合が三つある。
- ①「無効確認の訴訟」。無効を立証することによって、表面的にしか存在しない判決からすべての効力を排除する。
 - ②判決は有効であるが、それを修正するに値する場合には、「上訴 *appel*」と「原状回復 *restitutio in integrum*」の救済方法が求められる場合がある⁽¹²⁾。

そして、当事者が、これらの方途を採択しない場合には、判決は確定し *irrevocable*、既判力 *force de chose jugée* を取得することになり、執行可能な状態が作り出される⁽¹³⁾。

ここで訴訟手続に関して、もう少し立ち入って紹介しておこう。ところで、フルニエは訴訟手続を二つの段階に分けて捉える。すなわち、第一段階は、訴訟応諾までの段階であり、第二段階は訴訟応諾後の段階である。

(2) 第一段階

訴訟の審理を開始する準備段階としては、言うまでもなく管轄裁判所の決定と訴訟応諾の問題が存在する⁽¹⁴⁾。本稿のテーマに関係ある限り簡単に眺めておきたい。

(a) 管轄裁判所の決定

原則は、司教の裁判所が権限ある裁判所となる⁽¹⁵⁾。しかし慣習は、司教の下に大助祭の裁判権を認め、さらに、この大助祭の裁判所が司教のそれと同一の権限を有する場合も生じてきた⁽¹⁶⁾。また司教裁判権から免属され、教皇に直接に服する裁判所も存在するに至った⁽¹⁷⁾。

なお管轄裁判所を決定する原則に対して重大な例外がある。

① ローマ市は、教皇が通常裁判官である。

② 契約、準契約、不法行為、準不法行為のいずれに基づこうと問わず、債務の弁済は債務関係が構成された地の裁判官に属する。

③ 判事の前で作成した約定は、両当事者が、契約履行のすべてに関し、教会裁判官の裁判権に服することを約款で取り決めたときは、それをもって終結する。例として、管轄権のない裁判官に管轄を認めることは、ローマ法的原理の適用であるという。

④ 聖職者は教会裁判権を否認することができない。

⑤ 契約締結地、契約履行地の裁判官に管轄権は帰するという準則は、ローマ法の地域管轄に関する原理の適用によって、その効力上制限されるに至った。

⑥ 不法行為は、その行為地の裁判官の裁判権に服する。

⑦ 対物訴訟は、不動産地の裁判官のそれに属する。

「動産は人に従う」という一般原理が適用になる。

⑧ 遺言の執行は、遺言者の住所地の裁判官の下で行われる。

⑨ 被告の反訴は、最初の訴訟 *action* の持ち込まれた裁判官の前に提起される。世俗の裁判所の場合と異なり、本訴の客体と関連する必要はなく、全く異なる原因によっても提起されうる。但し、「訴訟応諾」後には受理されない。

⑩ 特権に係わる場合の如く、被告の住所地以外の裁判官の前で訴追することがある。

例、学生の場合。中世の慣習によるものといわれている。⁽¹⁸⁾

(b) 訴状

訴状も多くローマ法の準則を取り入れている。⁽¹⁹⁾

① 訴は書面による。

② 訴状の原因 *causa* の記載は、対物訴訟と対人訴訟とで異なる。

対物訴訟の場合は、その財の所有者あるいは用益権者であることを記載すればよい。これに対し対人訴訟の場合は、請求する債務の原因を表示せねばならない。

(例、*ex causa mutui* 「消費貸借の原因によって」。*ex causa tutela* 「後見なる原因によって」)。「拙注。後者(対人

訴訟)の用法は、今日のイギリス法で良く用いる *by the cause of, by reason of* の語法の原型ではないかという印象をもっている。」

③「過多請求」という準則があり、請求すべきもの以上のものを請求するときには、一定の科罰の対象になる。厳格性の保持のためであるといえよう。

④しかし、訴状には訴権の個別名記載を要するかという問題については、ローマ法学者(レジスト)の間で長い論争があったが、カノン法学者の間では、一一六〇年の教会によって、訴状記載は請求する権利の記載のみでよいとされ、ローマ法の形式主義の残滓は払拭された。

訴状が提出されると、その後の手続はどのようになるのであろうか。

①裁判官に訴状は提出される。

②裁判官は、当事者双方を呼び出す。訴状を読み上げさせ、被告に謄本を与える。その書面は書記 *notaire* により、「訴訟記録簿 *acta causae*」と、「訴訟謄本交付」と付記され、転記される。

③裁判官は、両当事者が次に出頭すべき一日を確定する。

④訴状の瑕疵については、無効原則が適用されるが、補正可能な場合には、補正の機会が与えられる。

(c) 呼出 *citation*⁽²⁰⁾

呼出については、口頭呼出と書面呼出があり、書面呼出にも複数あるが、ここで取り上げておきたいのは、フランスで俗人に対してなされる最初の呼出によく用いられる方式である。

①書かれ、封印された命令書が、判事名で、裁判所書記に、または、司教区内の聖堂主任司祭 *curé* に送られる。

②書記または主任司祭は、定められた日に当事者を呼び出す責を負う。

③呼出の任務を受任した者 *delegue* は、その委任事務 *mandate* 遂行について報告する(「返書 *rescriptio*」報告書 *relatio*)。

呼出状記載については、判事の審査が要件になっている。

①呼出命令を発する裁判官名。

②当事者が出頭することになった訴訟に関する一般的な表示。

③出頭日の表示。

④命令した裁判官の押印。

呼出に対し、応じる義務が免責される場合がある。

①占有侵奪を受けた者は、占有回復まで侵奪者による呼出に応じる必要はない。

②危険な地への呼出には応じる必要はない。

③疾病、捕虜、修道士が閉居されている修道院内禁域在住者は、有効な免責事由がある。

④ユステイニアヌス法典の不出頭の担保にかんしては、カノン法は義務を廃止した。⁽²¹⁾

(d) 欠席(欠席については省略する。⁽²²⁾)

(e) 猶予⁽²³⁾

最初の呼出の際に出頭して、訴状を受領したとき、その場で適式の否認 *contradiction* をすることもある。その時、「訴訟応諾」は生じるが、大部分は、原告の請求の認容か争うかを考慮する時間を取得する。これを「猶予」という。この点も本稿ではあまり関係がないので省略する。

(f) 抗弁⁽²⁴⁾

抗弁という概念には、三種の異なった意味合いの防禦方法が含まれている。

①第一は、被告が、自己に対して主張された権利の存在を否認する方法である。事実の否認ではなく、結果する権利の否認である。例えば、債務の存在の否認の如き場合であるといわれる。

②第二は、権利そのものが消滅したという主張をする方法である。

③第三は、相手方の権利の実現を妨害する自己の権利の行使である。例えば、強迫によってその債務が生じたというが如き場合である。

ところで、③が真実の抗弁であるが、歴史的に、これらの方法の間に混淆が生じてきた。すなわち、③は、古典期ローマ法では、有責判決が下される要件として抗弁は方式書中に表明されていた。他の方法は、基礎における防禦で、方式書に記載されないまま主張されえたという。しかるに、抗弁と基礎における防禦の区別は、方式書制度の消滅と共に形式的にはなくなったが、実質的には、両者の区別は「事物の理」に基礎づけられているがため、存続することになった。それゆえ、用語的には、防禦方法と抗弁は混同され、ことに基礎になる防禦に抗弁の名称が与えられるようになったという。

次ぎに抗弁の種類を取り上げると、消滅抗弁と延期抗弁、さらに延期抗弁は「弁済の延期の抗弁」と「裁判の延期の抗弁」に分けられうる。⁽²⁵⁾

また別の角度から、抗弁を対物抗弁と対人抗弁に分ける。さらに嫌悪抗弁と好意抗弁という分け方をする。⁽²⁶⁾

まず延期抗弁からみると、この抗弁は、消滅抗弁が、訴訟行為の基礎となる権利に向けられるのに対して、訴訟法上の瑕疵に対して向けられるものである。例として拒否抗弁(管轄違の抗弁)、裁判官の無能力を根拠とする抗弁、原告またはその代訟人の無能力を根拠とする抗弁がある。

また、状況より生じる延期抗弁として、出頭すべき地が不明確なとき、休祭日の呼出、訴状の不明確性、被告が占有侵奪の被害者であるが故に、占有回復前の答弁の拒否等である。⁽²⁷⁾

訴訟法上、延期抗弁を利用して、訴訟を無限に引き延ばしうるため、裁判官は、延期抗弁の申立期日を定める慣行になっていた。その日以後、および、「訴訟応諾」以後は、被告は「失権 forclos」となる。但し、例外は存在した。

① 保留抗弁 *protestation*。それはカノン法の特徴の一つである。

② 指定期日後の新事実の発見に基づく抗弁の場合。

③ 抗弁しようとする事実を指定期日後に知った場合。

④ 判決後にも、判決無効の申立を延期抗弁の形式で主張することができる。⁽²⁸⁾

なお抗弁の申立には順序がある。

① まず管轄違の抗弁ないし拒否抗弁。

② 裁判官たる人に関わる抗弁。

③ 原告またはその代訟人から引き出される抗弁。

④ 呼出場所への接近の困難性に基づく抗弁。⁽²⁹⁾

次に、「弁済の延期の抗弁」を取り上げよう。

この抗弁は、主張された権利の効力を無にするのではなく、その結果を延引するための攻撃である。例としては、支払い延期に同意していたというような抗弁である。

この抗弁の特徴として、「訴訟応諾」後に立証されうる。ただし、その訴訟のその局面以前に申立てられたか、保留申立による留保がなされた場合に限る。⁽³⁰⁾

次に「消滅抗弁」であるが、それは、原告の主張が認容されたときにも、なおその効力を別の事実によって妨げる効力をもつ抗弁である。例として、「悪意」の抗弁、「強迫」の抗弁等である。

原則として、「訴訟応諾」後に申立てられるものである。さらに上訴の段階で始めて申立てられうる⁽³¹⁾。ところで、抗弁は弁護士作成する書面による。

被告の抗弁に対して、原告の「再抗弁」、さらに被告の「第三抗弁」も可能である⁽³²⁾。

(3) 第二段階。審理手続 *judicium* (訴訟応諾から終局判決まで。)⁽³³⁾

(a) 訴訟応諾

まず、訴訟応諾は基本的に自力救済の放棄を前提として判決に服する手続の承諾を意味する。

そこで、両当事者が訴状受領の時、防禦か認諾かについて陳述するため、指定された日に裁判所に出頭することにより「訴訟応諾」は開始する⁽³⁴⁾。

①原告自身訴状を読み上げる。

②異義がないとき、また、異義却下のとき、原告は裁判官に「訴訟応諾」を請求する。裁判官は被告に原告主張を根拠あるものと認めるか否かを尋ねる。被告は否認し請求されるべきでない旨の主張する。書記はその言明を記録する。

③「訴訟応諾」については、方式はなく、正式に否認されることのみが要件である。否認は「訴訟応諾」を推定せしめる⁽³⁵⁾。

④「訴訟応諾」には両当事者の出廷が要件である。出席しないと「欠席」手続に入る。若干の場合には、「訴訟応諾」なしに「審理手続」に入る。

i 婚姻事件では、被告が悪意で身を隠した場合。

ii 霊的婚姻の場合に、聖職禄への選定の有効性について争われる場合。

iii 原告欠席のときは、裁判官の心証で、訴訟は追行される⁽³⁶⁾。

「訴訟応諾」を必要とする準則の効力は、原則として違反により「審判手続」に関する手続行為全部が無効になる点にある⁽³⁷⁾。

ところで、フルニエは、古代ローマにおける方式書訴訟手続のもとにおける「争点決定 *litis contestatio*」と、カノン法における「訴訟応諾」の相違を指摘する。

「争点決定」は、長官の行為であり、それは審判人の権能確定目的のための方式書を交付する行為である。したがって、その交付によって、法廷手続において推断された権利は、消滅させられる。原告が訴訟放棄しても、その効力により、改めて訴訟を提起することはできなかった。

これに対し、ユスティニアヌス法典ならびにカノン法は、「訴訟応諾」は、古代ローマ法の「消滅的効力」を消滅させた。したがって、原告が審理 *instruction* を放棄するとき、被告はその審理手続から放免される権利を取得するが、それは、原告が改めてなす権利をも消滅させるわけではない。「ここにある意味では、訴訟上の効力と実体法上の権利の關係という、訴訟法と実体法の分離的契機を見出すのではないか、という印象を抱く⁽³⁸⁾。」

尤も、この「訴訟応諾」は、なお多くの積極的効力を持ち続けた⁽³⁹⁾。

① 被告から新しい延期抗弁の提起権を剝奪し、裁判官の管轄権を固着する。

② 訴訟行為 *action* を独立化させ、永続化させる。

③ 「訴訟応諾」時点から、占有者は、係争物の天然果実と法的果実の区別を、ローマ法の善意と悪意の占有者の区別に従って計算する。対人訴訟の被告は、この時点から利息を計算せねばならぬ。

④「争点決定」になかった訴訟継続を確定する *constituer* 効果、物を係争物 *chose litigieuse* たらしめる効果、時効を中断させる効果をもつ。それは被告が係争の客体を知ることより生じるものである。

(b) 「非策謀の」宣誓 *serment "de calumnia"* と「真実陳述の」宣誓 *serment "de veritate dicenda"*

「訴訟応諾」の次ぎの手續は、「非策謀の」宣誓である。ここでは簡単に、この「非策謀の宣誓」とは何か、そして、今日でも行われている「真実陳述の」宣誓との違いに言及しておきたい。

「非策謀の」宣誓は、原告に対しては、「悪意からまた不誠意争訟の精神から訴訟を提起するものではないこと、虚偽の文書をも買収した証人をも提出しないこと、裁判官に贈賄しようとする務めないこと、無用な猶予を請求しないこと」の文節を含むものが要求される。被告にも同様の宣誓で、誠実に防禦し、自己の有効な権利の存在を信じている旨の宣誓が要求される。

「非策謀の」宣誓は、訴訟手續を無効にはしないが、その宣誓を拒絶する原告は、審判手續の追行を不可能にし、被告の場合には有責判決が下されうる状態を導く。⁽⁴⁰⁾

次に、「真実陳述の」宣誓との関係であるが、この宣誓は、真実のみを陳述するという宣誓である。一二世紀には、靈的事件においては、「非策謀の」宣誓というものはなく、「真実陳述の」宣誓のみであった。

「非策謀」の場合には、「訴訟当事者が、自己の有利な権利を有することを信じている旨」を誓う。これに対して「真実陳述」の場合には、「自身が真実であることを知っていることのみをいうこと」を誓う。⁽⁴¹⁾

(c) 証拠

証拠の一般原則としては、立証は、肯定主張に対して主張者に負担が課せられるということである。したがって、否定的命題の立証はしえないというのが原則であった。但し、中世において、この原則の緩和がはかられた。すなわち、

肯定を含める否定的命題の立証が強制された。「例、その日にその場所にいなかったから、その婚姻の約束はしなかった。」⁽⁴²⁾ 裁判官の依拠すべきものは、立証する「事実」である。従って、裁判官の心証形成の方式については、法は強行準則を定めている。教会は法定証拠主義 *preuve légale* の制度をとった。その証拠方法は、証人、書面、現地検証、専門家の鑑定、推定および宣誓についてなされる。⁽⁴³⁾

(d) 立証を容易にするための手続

しかし、事実の証拠を提示する前に、両当事者間の齟齬を明確にする必要がある。その方法のうち、尋問書 *interrogatoire* [interrogatio] と措問書 *position* とがある。

i 尋問書

慣習は、「尋問書」は弁護士が作る。質問点が裁判官に提示され、事件担当の書記によって転記される。裁判官は被告に向って、原告の提示した命題を肯定するか否定するかを質問する。

次に被告が尋問書を提出する。裁判官は独自に質問点を付加する。

カノン法は、裁判官が真実を知るために裁判権 *pouvoir arbitraire* を認めている。⁽⁴⁴⁾

ii 措問書

措問書は本質的に尋問書と変わらない。ただ簡略化され、裁判官を名宛人とする代わりに、相手方を名宛人とする。裁判官は、自己の心証形成のため質問点を付加することができる。⁽⁴⁵⁾

iii 両者は共通の準則

この両者とも、「非策謀の」宣誓によって拘束されるので、本人がそのために提出せねばならない。その提出は、訴訟の結論申立まで提出することができる。⁽⁴⁶⁾

(e) 自白⁽⁴⁷⁾

自白はけっしてそれ自体「証拠」ではない。しかし、被告が原告の主張された事実を真実であると認めるときがある。そうするときには一息に有責判決に及ぶことがある。

まず自白は、「自由、自発的に」、また、「能力者」によってなされねばならぬ。二五才未満のものは、後見人あるいは保佐人の助けが必要である。

さらに、自白は、和解 transaction が許されない事案では採用されえない。⁽⁴⁸⁾

自白は、裁判官および相手方の面前でなされ、書記によって記録される。⁽⁴⁹⁾

自白は取消不能である。しかし、三日以内であるなら、弁護士が彼の面前でなした自白を取り消すことができる。⁽⁵⁰⁾

(f) 証言証拠

カノン法訴訟手続は、証言証拠を第一位におくところに特徴があるといわれている。⁽⁵¹⁾まず証言能力について眺めてみよう。⁽⁵²⁾

① 絶対的無能力。

不自由人は証言能力がない。

婦女は、刑事事件、遺言においては証言能力がない。しかし、民事事件と霊的事件においては証言能力がある。

一四才未満者は証言能力がない。

一四才以上は民事事件においては証言能力がある。

二〇才未満者は刑事事件においては証言能力はない。

被解放不自由人と成年となった未成年者は、無能力期間において見たことの証言は有効である。

精神耗弱者、破廉恥者は証言能力がない。

貧者は証言供述能力がない。この無能力は、ユステイニアヌス法典からカノン法へ移入されたものである。但し、その件についてはカノニストは制限を課し、金銭で彼自身の供述をうることにつき疑われる貧者にのみ適用した。犯罪の有罪判決を受けた者はすべて証言能力はないのみならず、以前敗訴した者も、抗弁の形で申立をうけるとときには無能力となる。

被破門者は証言能力がない。

修道者は修道院長の許可なしには証言することは許されぬ。

② 相対的無能力。

相対的無能力とは、その人の特殊な地位に関連して証言能力のない場合である。

何人も自己の事件の証人にはなりえない。但し、団体の構成員は、団体の事件については証言しうる。

自己の担当する裁判において裁判官、弁護士、執達人 *executor* は証言しえない。

証人尋問を受ける立場の敵対者は、適法な証人ではない。しかし、それは刑事事件で一般的であっても、民事事件では緩和されて、仮にという形で認められる。

ユダヤ人、異教徒、不信心者、異端者は、キリスト教徒に抗して証言することは認められない。

次に、証人の出頭義務についてみると、呼出に対して出頭義務が課せられている。不服従には諸種の刑が科せられる。尤も一定の人々には、その義務は免除される。⁽⁵³⁾ 証人の立証は「訴訟応諾」後に行われる。この場合にも例外はあり、刑事事件における糾問手続が行われる場合等を挙げうる。

証言は裁判官自身が聴聞するが、場合によっては委託することもできる。⁽⁵⁴⁾

原告が証人を提出するときは、「証言項目書」によって、被告に要点を示すことが要求される。この「証言項目書」の慣行はローマの法廷からの移入である。しかし、地方によってこの慣行は採択されていない。

証人は、立証に先立って「真実陳述の」宣誓をせねばならぬ。

宣誓後尋問が行われる。それは、ユスティニアヌス法典の訴訟手続では、当事者の面前で行われたが、カノン法では、当事者のいないところで行われるのが常であった。それは証人の供述が歪められないためと思われる。⁽⁵⁵⁾

被告は、「反対尋問書」ないし「反対尋問項目書」を提出する。⁽⁵⁶⁾ この「反対尋問項目書」はカノン慣行による改革であった。⁽⁵⁷⁾

ついで、証言調書が「開示朗読」される。

そしてそれは「公証書」の効力を有することになる。⁽⁵⁸⁾

教会法には、二名の証人の供述が一致したとき、一事実の証拠となるという原則がある。⁽⁵⁹⁾

証言は、証人が、「自身の感覚でもって *propriis sensibus*」知覚した事実について供述する限りで、証拠の基礎となりうる。⁽⁶⁰⁾

二名以上の証人が相互に証言不一致のときには、裁判官が最も確実と思う証人たちの供述に従うべきである。「証人の多数にはあらずして、彼らの誠意に関係すべきものなり」という格言に従うが故である。⁽⁶¹⁾ カノン法の真髄の一つを見出しうるように思われる。

最後に裁判官が決定しうる「理由」がなければ、被告は釈放せねばならない。⁽⁶²⁾

(g) 書証 *preuve literale*

証書 *instrument* には、二つのグループがある。

権威と「理性」と法^(三)

①公証書 *acte public*。それだけで完全な証拠となる書面 *acte* を広義では指す。その中には、さらに公正証書 *acte notarié* のような厳密な意味の公証書から、公正印 *sceau authentique* の押印された証書等を含んでいる。なお私人から出されたものでも、存命の二―三名の証人の署名があれば、それは完全に信ぜられるという意味で、公であるといわねばならない⁽⁶³⁾。

②私証書 *acte privé*。個人の発するのが私証書 *scriptura privata* で、それは、一般に半証拠 *demi-preuve* しかない⁽⁶⁴⁾。

次に、証書提出権について触れる⁽⁶⁵⁾。

提出は、「訴訟における結論申立 *conclusio in causa*」までに提出する権利をもつ。

証明力については、公証書は完全証拠 *pleine preuve* となる。私証書の場合には、完全証拠とはならず、当事者間にのみ有効であり、自認を拒否することができ、その場合には相手方はその公正性を立証せねばならぬ。私証書は、一名の証人の供述で完全証拠となる⁽⁶⁶⁾。

しかし、証明力に関し、証書と証人の供述が矛盾することがある。その場合には、裁判官の裁量に委ねられる。カノン法では、裁判官の学識に、より大きな信頼を置き、裁判官の真実探知に大きな自由の余地を残した⁽⁶⁷⁾。

(h) 現地検証と鑑定

裁判官が必要と感ずるならば、現地検証 *descente de lieux* をすることが可能である。それを彼の役吏あるいは当該地の裁判管轄権をもつ裁判官に委任することができる⁽⁶⁸⁾。

場合によっては「鑑定 *expertise*」を、職権で、あるいは、当事者の申請に基づいて行うこともありうる。鑑定人は、技術において堪能な者の中から、裁判官によって選定される。奇数の者がその場合には選ばれる。その結論は報告書に

よる。意見一致しないときには多数決による。鑑定は証人と考えられる。⁽⁶⁹⁾

(i) 推定

推定は、確固不動の事実から、立証されない事実を射止める論術であるといわれる。カノニストは四種の推定を区別する。⁽⁷⁰⁾

①「軽率推定」。これは証拠とはならない。

②「可能推定」。公知の風評によって補強された若干の徴表によって決定されうる確信。完全証拠にはならないが、他の不完全な証拠を完全なものにすることができる。

刑法法においては、「可能推定」は、「カノニ的雪冤」の手段により、被告に自己を正当化することを義務づけた。

③「強力推定」。例えば、自分の債務を確認すべき証書を抹消した事実は、その者が債務者とされる推定を受けるようなもので、法の推定に属し、完全証拠となる。但し、反証を許容する。⁽⁷¹⁾

④「必要推定」。「法の、かつ、法についての推定」と称せられるもの。反証を許容しない。例としては、文書による婚約を交わし、肉体関係をもった場合の如し。⁽⁷²⁾

(j) 宣誓 serment

ここでの「宣誓」は、司法上の宣誓をいう。

①「宣誓」の方式。宣誓は、裁判官と両当事者の面前で、手を福音書の上においてなされる。聖職者と修道者は、手を胸の上に置き、方式文を宣べるに過ぎず、聖書には触れない。彼らに宣誓を禁じた昔の立法の残滓である。

宣誓は、当事者の一方が他方の宣誓をさせるとき、裁判官が当事者の一方にも宣誓させる場合がある。前者が「決定的宣誓」、後者が「補充的宣誓」と称せられる。

②「決定的宣誓」。原告の「請求の表示 *intentio*」が不完全にしか証明されなかったときに、原告は、被告に宣誓役割を押し付けることができる。そして、被告は、宣誓するか、あるいは、宣誓役割を原告へ押し戻すかする選択をせざるをえない。宣誓は民事事件すべてにおいてなしうるが、有責判決が破廉恥を結果する場合は別である。

そして、この準則は、グレゴリウス教令集以来今日まで修正されていない⁽⁷³⁾。

③「補充的宣誓」。これに対し、この宣誓は、裁判官によっても定められるものである。当事者の一方がなした半立証を完全なものにするために要求されるものである。例えば、証人の一名しか尋問を原告がさせなかったとき、裁判官は彼の主張が嘘でないことを宣誓するよう命じる場合である。

「補充的宣誓」は相手方へ押し戻すことはできない。

この宣誓は、すべての民事事件に認められるが、婚姻事件、霊的事件、例外的な困難を伴う事件は別である⁽⁷⁴⁾。

(k) 口頭弁論 *plaidoirie*

証人の供述にかんする弁論については前述したので、ここでは審問、証書、推定についての口頭弁論にのみ触れる⁽⁷⁵⁾。弁論は、係争事件 *fait conteste* を確定すると、次ぎに法的諸点を、カノン法、それがないうときにはローマ法を援用して行う。被告も同様であり、それが繰り返される。

弁論が出尽くすと、裁判官は弁論を止め、訴訟における結論申立をなすための一日を指定する⁽⁷⁶⁾。

(1) 口頭弁論後の裁判官の職務⁽⁷⁷⁾

「弁論終了 *renunciatio*」と「訴訟における結論申立」の後に、二個の付随事件が生じうる。

①「裁判官がその問題を疑義ありかつ困難な問題と評価する場合」。この場合には、カノン法もローマ法も、自身の解決を許さず、疑点について、教皇または上長の断定を請願する。そのため、訴訟資料を送付し、その断定をまつ。

②「立証がなされた裁判官が、判決を下す裁判官でない場合」。例えば、委託された者が、訴訟書類を正規の裁判官に還付 *remissio* せねばならない場合である。

また、裁判官自身が、重大な事件について、法律家の助言 *conseil* を仰ぐ場合がある。この助言者は陪席者 *assessor* と呼ばれる。彼らの意見は「助言書 *consilium*」と称せられる。しかし、裁判官を拘束するものではない。⁽⁷⁸⁾

(1) ジェラール、前掲九六頁。教皇の権限として、なぜ民事介入を許容しえたかという点については、キリスト教社会の指導者として、この社会に幾つかの行為規範を定めることで、ますます干渉するようになったという。その分野として、婚姻、利息、貸付が典型的なものとして挙げられている。

なおロックのこの民事訴訟に関する言及は、本稿の範囲外に属するが、刑事的科罰論を含めて興味深いので引用しておく。彼は「統治二論」第二論文第七章「八七節」において次ぎの如く述べている。すなわち、

「しかし、いかなる政治社会も、それ自身の中に、プロパティを保存し、そのためにその社会のすべてのものの違反を処罰する権限を保有しえないならば、存立しえないし、また、存続しえないため、構成員のあらゆる人がその自然権を手放し *quit*、共同社会によって確立された法に保護の訴えをすることから彼を排除しないところのすべての事案において自然的権限を共同社会の手中に譲った場合に、政治社会が存在し、その場合にのみ存在する。そして、かくして、すべての個々の構成員の私的判断は排除されるので、その共同社会は、すべての当事者にたいして公平にかつ同一に適用される定着した、常置の準則によって審判者となるにいたり、かつ、それらの準則の執行のため共同社会からの権威を保持する者によって、なんらかの権利問題に関するその社会のいずれかの構成員間にたまたま生じうるかも知れないすべての不和 *differences* を決定し、また、法が確定したところの科罰をもって、いずれの構成員が社会に対して犯した違反を処罰する。」

近代社会においては、私的自治を原則とするが故に、民事訴訟は、私的救済の排除の代替物として、共同社会にその判断権は委ねられているが、中世キリスト教社会にあっては、教皇の家父長的存在からの指導原理として、民事介入が肯定されてきたといえようか。

(2) フールニエ、前掲一一二頁。イギリスについては、Pollock & Maitland, *op. cit.*, vol. 2, p. 371.

- (3) (4) (5) (6) フールニエ、前掲一一二頁。
 (7) グラソン、前掲二八一頁。
 (8) フールニエ、前掲一一二—三頁。
 (9) フールニエ、前掲一一三頁。
 (10) フールニエ、前掲一一四頁。
 (11) グラソン、前掲二九四頁。
 (12) (13) フールニエ、前掲一一四頁。
 (14) フールニエ、前掲一一五頁。
 (15) フールニエ、前掲一一九頁。
 (16) フールニエ、前掲一二六頁。
 (17) フールニエ、前掲一一八頁。
 (18) フールニエ、前掲一二二頁。
 (19) フールニエ、前掲一二一—五頁。
 (20) フールニエ、前掲一二五頁以下。グラソン、前掲二八五頁。呼出は、*appel*、すなわち、*senonce* (召致)、あるいは、動詞で、*aterner*, *ajourne* ともいわれた。そして、*ajournement* のみが残る。但しこの方式は被告の身分によって異なる。
- (21) フールニエ、前掲一二八頁。
 (22) フールニエ、前掲一二八頁以下。
 (23) フールニエ、前掲一三二—三頁。
 (24) フールニエ、前掲一三四頁以下。
 (25) フールニエ、前掲一三四頁。グラソン、前掲二九二—三頁。世俗裁判所の民事手続のこの点はカノン法が影響を及ぼした。
- (26) (27) フールニエ、前掲一三五頁。
 (28) (29) フールニエ、前掲一三六頁。
 (30) フールニエ、前掲一三九頁。
 (31) フールニエ、前掲一三九—四〇頁。

- (32) フールニエ、前掲一四〇頁。
- (33) フールニエ、前掲一四一頁以下。
- (34)(35) フールニエ、前掲一四一頁。
- (36)(37) フールニエ、前掲一四二頁。
- (38) フールニエ、前掲一四三頁。
- (39) フールニエ、前掲一四三―四頁。
- (40) フールニエ、前掲一四五頁。グラソン、前掲三〇二頁。
- (41) フールニエ、前掲一四五頁。
- (42)(43) フールニエ、前掲一四六頁。
- (44) フールニエ、前掲一四七―八頁。
- (45) フールニエ、前掲一四八頁。
- (46) フールニエ、前掲一四八―九頁。
- (47) フールニエ、前掲一四九頁以下。グラソン、前掲三〇一頁。後に導入された当事者尋問はこの自白を導き出すところから生まれたものであった。そしておなこの時代に世俗裁判所での民訴では、均一の、かつ、明確な姿では存在しなかったという。
- (48)(49)(50) フールニエ、前掲一五〇頁。
- (51) フールニエ、前掲一五一頁。
- (52) フールニエ、前掲一五一―三頁。
- (53) フールニエ、前掲一五三頁。
- (54) フールニエ、前掲一五四頁。
- (55) グラソン、前掲二九七頁。理由として、証人の不羈性 *independence* が挙げられている。
- (56) フールニエ、前掲一五五―六頁。
- (57) フールニエ、前掲一五八頁。
- (58) フールニエ、前掲一五六頁。
- (59) フールニエ、前掲一五七頁、グラソン、前掲二九八―三〇〇頁。グラソンは、この準則を奇妙なものといい、世俗裁判所の民訴にも影響を及ぼしたという。

- (60) (61) フールニエ、前掲一五七頁。
- (62) フールニエ、前掲一五八頁。
- (63) フールニエ、前掲一五八―九頁。
- (64) フールニエ、前掲一五九頁。
- (65) フールニエ、前掲一六〇頁。
- (66) フールニエ、前掲一六〇―一頁。
- (67) フールニエ、前掲一六一頁。
- (68) フールニエ、前掲一六一―二頁。
- (69) (70) フールニエ、前掲一六二頁。
- (71) (72) フールニエ、前掲一六三頁。
- (73) フールニエ、前掲一六四頁。
- (74) フールニエ、前掲一六四―五頁。
- (75) フールニエ、前掲一六五頁。
- (76) (77) フールニエ、前掲一六六頁。
- (78) フールニエ、前掲一六六―七頁。

(二) 判決等

(1) 民事裁判

(a) 判決

i 種類

判決には、係争に結末をつける終局判決 *sentence définitif* と、それ以外の中間判決 *interlocutoire* がある。⁽¹⁾
①終局判決。終局判決は、両訴訟人に、面前で、もしくは、適法に呼出した後で言い渡さねばならない。

判決は判決書により、裁判官自ら朗読する。但し、司教の如き高名な聖職者は裁判所の一役吏をして読み上げさせる。判決は、「キリストの御名をもってする祈り」という語が挿入されている。そのことは、神と裁判官の良心以外のことを考えていないことを示している。「日本国憲法七六条に規定されている「良心」規定の渊源となっておりと思われるし、憲法・法律が「神」に代ってきていることを示すものといえる。」

判決には、放免か有責かのいずれかを含まねばならない。判決は、「訴状」のなかで述べられた係争点のすべてを含むものである。

判決の理由づけは裁判官の裁量の範囲内である。⁽²⁾

判決は、その地方の慣行に従って、公正証書によるにせよ、印璽の押印によるにせよ、公式に作成された書面とされる。⁽³⁾

② 中間判決。中間判決は、終局判決のような厳格性を必要としない。すなわち。書面によることを要しない。

中間判決は、裁判官自身が違法を犯した自認するときは撤回 *retracter* できる。終局判決と異なる点である。それは一定の制約はあるが、上訴された時にも、撤回可能である。⁽⁴⁾

ii 判決の効力⁽⁵⁾

判決の効力は当事者を拘束する。したがって、例えば判決が上訴に服するときでも、一応真実なもの見なされる。また、新資料の発見、あるいは、誤算の発見によっても、判決そのものの価値は損なわれない。しかし、それは当然無効の場合を除いてのことである。⁽⁶⁾

若干の例外的な場合が存在する。

① その一つは、別の箇所で言及する「虚偽確認の訴訟」というものに出会う場合である。

② 真実の推定は、教会裁判官の誤謬を犯したと認められる限り打ち破られる。また当事者によって、彼らの靈魂の救済のために危険な状態を作り出すときは打ち破られる。訴訟者の詐術により、有効に契約された婚姻を無効と宣言した場合の如し。⁽⁷⁾

既判事項の効力は、二つの方法で制約される。その一は、無効宣言の請求によって、その二は、取消の請求によって、それが認容されれば、破毀 *casser* される。⁽⁸⁾

(b) 救済方法

i 当然無効

① 「当事者の『人』に関し」無効な場合。後見人、保佐人の助成なしに訴訟した二〇才未満の者が敗訴したとき。但し、婚姻事件と靈的事件を除く。破門された者を勝訴させた時。出廷した個人が、当事者の一方の代訟人と偽ったとき。

② 「裁判官の『人』に関し」無効な場合。裁判官が不自由人であるとき。また俗人であるとき。裁判官が靈的事件に関わっているとき。裁判官が破門者か破廉恥者であるとき。

③ 「裁判権の欠如」による無効な場合。管轄権違いの裁判官による判決。但し、両当事者による合意の場合は別である。

④ 「判決自体の固有の瑕疵」による無効の場合。重大な訴訟において、判決が書面によらなかったとき。明白な過誤、誤算、執行不能の処分等を含むとき。

教会法、制定法に違背しているとき。例えば一四才未満者に遺言能力を認めるとき。

⑤ 「判決に無関係の事由に関わる場合」の無効。裁判官が裁判所にいないとき下された場合。休祭日に下されたとき。

訴訟手順が遵守されなかったとき。

なお、無効確認訴訟の時効については、三〇年の消滅時効にかかる。しかし、抗弁については期限はない。⁽⁹⁾

ii 有効な判決の修正方法

有効な判決の効力を失わせる *tomber* 方法としては、虚偽確認訴訟、上訴、原状回復の三つと、非法律的手段としての「嘆願」がある。⁽¹⁰⁾

α 虚偽確認訴訟

虚偽の証言または証書に基づくと判決は有効というのが法律家によって教示された準則である。しかし、これに対して、有責判決を受けた当事者は訴訟することができる。

例えば、虚偽 *faux* の刑事訴訟を提起して、弾劾 *accusation* という方途で訴訟することは可能である。その時効は二〇年である。また、彼に対する不法 *delit* を理由に、対人訴権によって民事訴訟を提起しうる。時効は三〇年といわれる。さらに、「告訴のためには期限があるものも抗弁するためには期限なし」の準則の効果として、有責判決を受けた者にとっては、判決が虚偽の証拠資料に基づくと考えられるときには、無時効という抗弁を援用しうる。⁽¹¹⁾

β 上訴 *appel*

上訴とは、「一方の当事者が、法の諸準則に反すると彼が主張する下級裁判官の下した決定を修正させる目的をもって上級裁判官に向かって求める救済である」と言われている。⁽¹²⁾ 近代的上訴手続はほぼ一三世紀頃までヨーロッパには存在しなかったと言われている。大陸においては一二世紀ポロニアで創造されたローマ・カノン法学の線に沿って近代的上訴手続を導入し始めた。⁽¹³⁾ そしてここに、イギリス法と大陸法の分岐点の一つがあると指摘されている。

①上訴権を誰がもつのか。判決によって不利を蒙ったと主張するすべての者。すなわち、当事者、代訟人、未成年者

の後見人または保佐人。さらに、債権者は、その債務者の敗訴の場合。追奪担保責任を負う売主は、売却物に関し、彼の買主に対して下された追奪担保責任負担の判決に対して訴権をもつ。⁽¹⁴⁾

②上訴事項。上訴はすべての判決について開かれているのが準則である。しかし例外がある。

(i) 欠席裁判で有責とされたもの。

(ii) 相手方がかつてなした上訴に応じる *deferer* ことを拒否した当事者は失権する。

(iii) 原判決の後、明示的に黙示的に上訴を放棄した者。

(iv) 当該事件が、猶予を認めない性質のものであるときは上訴権はない。

(v) 重要度の低い事件の場合には問題である。多数者は肯定論である。⁽¹⁵⁾

なお、中間判決については、この時期は、常に上訴を認めていた。それはユスティニアヌス法典ともトレント公会議以後のカノン法とも異っていた。

③上訴裁判管轄の裁判官。直接上位の裁判官に提起される。「中間の跳躍」は認められない。司教→大司教→首座大司教 *primat* または総大司教 *patriarche* →ローマ教皇庁へ上訴権が認められる。

なお司教、大助祭の判事は、司教等と同一裁判所を構成するものとされるので、その間に上訴はありえない。⁽¹⁶⁾

ところで、一三世紀には、「順を追って」上訴する原則は損なわれてきたし、カノン立法(例、一二四五年の「ローマーナ」大勅書)はそれを修復しえなかったという。

(i) 審級を省略して、教皇庁へ直接に上訴するのが常であった。

(ii) 他の手段によって司教裁判権を消滅するために用いられた。例えば、大司教区内に大司教裁判への上訴を増加させるために、専念する数名の判事地方代理または書記を増加させた。彼らは原審裁判所における訴訟進行を禁止させる。

しかも、原審裁判所に対し教会懲戒罰を下してその手段を確保し、また、上訴の準則を無視し、中間判決を上訴に値しない重要でないものとしながら主たる訴の審判をしたり、また書面によって方式化されていない上訴を受理した。

(ii)最後に、彼らはすべての人に対して大司教裁判所に自由に訴訟しうる権利があると宣言した。⁽¹⁷⁾

もとよりこれに対して、「ローマーナ」大勅書は、かかる大司教区内に判事地方代理を創設する権利を否認した。かかる大勅書による制限は、「地方慣習によって危険に晒されていた位階制の原理を維持」しようとしたものであったとい⁽¹⁸⁾う。

④上訴の反復性。ローマ法もカノン法も、相次ぐ二個の上訴しか認めない。したがって、三審制という制度はここに由来していた。

立法は、上訴権の行使に対していかなる権利阻止も、いかなる裁判官もできないとした。しかし、この準則はしばしば軽視された。下級裁判官は、上訴を教会懲戒罰で脅かしたのである。教会会議がしばしばこれに対し除去の手段を取ろうとしたことから、その慣行の存在を知りうる。⁽¹⁹⁾

⑤上訴時期。準則は一〇日以内ということになっている。そして起算日は判決日から、欠席の場合には判決を知った日⁽²⁰⁾からである。そして、上訴は判決執行停止の効力をもつ。

⑥上訴手続。

(i)手続は、終局判決と中間判決の場合で異なる。

上訴は、判決の下された法廷で、口頭で直ちに、また一〇日以内に提起するときには書面によって原審裁判官に行う。上訴理由を表現することは不要である。

中間判決の場合には、理由を付した原審裁判官に提出する。そして、三〇日以内に、原審裁判官がその事件から手を

引く免籍伝達状を請求する。

上訴は相手方に通告しなければならない。

原審裁判官が、理由が重大であると認めるか、些細なものと認めるかで、手を引くこと、また、伝達状を与えることを認めるか拒否する。

上訴人は上訴状を提出する。上級裁判官は、両当事者を呼び出し、上訴の存在と適式性 *regularité* とを確認する。そして上訴を認めるか否かを判断する。

認められたときは、本案の審判権を預かる。その場合、原審裁判官が手を引かなかったときは、上訴提訴後の原審裁判官の行為はすべて無効とされる。

終局判決の場合には、上訴は口頭または書面により提起される。

上訴状と伝達状の提出によって、上級裁判官は管轄者となる。

上訴においては、両当事者は、新しい攻撃防禦の方法を援用する機能を有する。新しい主張を述べることはできない。立証は通常の諸原則に従う。

判決は原判決を自由に修正することが出来る。上訴人がかえって不利になることもありうる。

これは、ユスティニアヌス帝の有名な一勅法から借用してきた理論である。⁽²¹⁾

(ii) 手続に関する諸準則にかんする共通の諸点に触れておきたい。

一 伝達状。免籍の伝達状、謙讓の伝達状、却下の伝達状、確認の伝達状がある。

二 期間。ローマ法、カノン法は、上訴事件を終結すべき期間を定める。法定期間は一年で、遅延事由のあるときは二年となる。

三 被上訴人の欠席。欠席の場合にも、判決まで追行されるのが原則である。

四 原審裁判官の出頭。彼の諸権利が損なわれると信じる場合には、出頭されるべく召致されるのが常であった。

五 首都大司教の、属司教の司教区の信者に対する強制権は原則として有しない。⁽²²⁾

⑦ 上訴の効果

一 停止の効果。上訴決定まで執行停止される。しかし、停止の効果が、「不法損害」の上訴が取るに足らぬもので、

原審裁判官が認可せず、その事件から手を引かぬときには停止の効果は生じない。

二 移審の効果。上訴裁判官に帰属される。中間判決の場合には、上訴を認めた限度で自身で決定する。

三 終局判決についての上訴が上級裁判官の面前にもたらされた以後、下級裁判官により、また当事者双方によりなされたことは無効となる。⁽²³⁾

γ 原状回復 *restitutio in integrum* ⁽²⁴⁾

現状回復の救済方法の特徴は、他に救済手段が全くないとき、すなわち、上訴が閉ざされているとき、採択されるものである。

原状回復の請求は、上訴裁判官へではなく、被告の通常裁判官の下へ提起される。上訴は、上訴裁判官の下へ提起される。

① 原状回復請求の要件

原状回復の救済手段は、他に方法がないときに認められるものである。換言すれば、上訴が閉ざされているとき認められるものである。

この請求は、被告の通常裁判官の前に提起される。

この請求には二つの要件がある。

一 請求する当事者は重大な損害を蒙ったことを要する。

二 その当事者を有責とした裁判官の決定から生じるものでなければならぬ。

その他、この請求は、正当な事由に基づくことを要する。頻繁に用いられる事由は、有責当事者の無能力と不在であった。

② 既判力をもつ判決により加害を受けた二五才未満の者。

③ 聖堂その他の法人は、未成年者に類似した地位におかれ、同様の特権を享受する。

④ 成年の不在者は、判決に抗して現状回復をすることができぬ。その場合にも、不在が、必要な場合と、相当な事由による場合では異なる。

⑤ 未成年者は、二五才になってから連続四年間の間に請求をすることができぬ。なお、請求が提示された以後は、判決の執行を停止し、その後の変更は無効とされる。また原状回復が認められると、判決、原状回復の目的となった訴訟行為(例、自白)はすべて無効となる。⁽²⁵⁾

(2) 刑事裁判

刑事事件における判決は、弁論終結後、慣用の方法によって、両当事者の前で言い渡す。そのときいろいろの形で判決を下しうる。

① 有罪判決。

② 放免判決。

③ カノンの雪冤の下命。

何れも、全人的に効力を有する。

次に、有罪判決を言い渡すときには、法定刑 *peine legale* を言い渡さねばならない。尤も見せしめのために、刑の加重あるいは軽減は裁判官の裁量の範囲内とされた。また、刑が法定されていないときには、任意の刑を科することもできた。

上訴する場合以外は、刑は直ちに執行された。

後述するように、カノンの雪冤は、裁判官が有罪、無罪のいずれの確信も持ちえないときに下命する。これはローマ法に由来せず、ゲルマン的諸理念の影響で、教会立法により導入されたものである。

被告無罪のときには、弾劾人の意図を裁判官は調査し、正当な錯誤によって動機づけられないときは、誣告の刑が科せられる。⁽²⁶⁾

(3) 略式訴訟手続

カノン法は、急速を要する場合には、略式訴訟手続を設けていた。その基本はクレマン五世（一三〇五—一六）の二教令である。一は手続の構成であり、他は適用事項であった。そしてプラクネットによれば、ローマ法における形式主義から絶交する一つの現れでもあるといっている。⁽²⁷⁾

事件は、口頭陳述によって始まる。

被告は、通常訴訟手続と同じく呼出状によって呼び出される。

争訟は、延期抗弁を排し、また、シカーネ（不誠意争訟）によるものの上訴は排する。訴訟応諾の方式は必要ない。

「非策謀の宣誓」「真実陳弁の宣誓」は本質的なものとされた。

当事者は、彼らの証拠方法で自由に論じる。裁判官は、無駄な時間の省略と、無用な証人の排除をし、手続を監視するだけである。

判決は書面による。請求中に含まれたすべての点について決定する。

休祭日でも手続は続行する。⁽²⁸⁾

適用事件としては次のものが挙げられている。

聖職禄、参事会裁治権付上席会員禄。参事会上席会員禄、参事会会員禄、選定の有効性と占有すべき権利に関する争訟。

婚姻事件、少なくとも、結合の有効無効に関するもの。婚姻の企図に対して申立られる故障の存在に関するもの。その故障申立を破ることに関する婚姻事件。反対に、「寢床分離 *separatio tori*」は、訴訟手続の通常方式が満たされたのちにしか宣告されない。

十分の一税に関する諸問題は、略式審理後に判決されるが、それは、普通法に基づき支払われるべき十分の一税の占有を客体として争いがなされる場合に限られる。十分の一税が、約定 *convention*、約束 *promise*、誓願 *voeu* を理由として請求された場合は別である。

債務者によって不法に支払われた利息の返還を請求する訴訟は、略式で裁判される。⁽²⁹⁾

(1) フールニエ、前掲一六七頁。

(2) フールニエ、前掲一六八頁。グラソン、前掲三一二頁。グラソンは、往古のフランス法が早期に判決に理由づけする習慣を身につける機会を失ったのは、カノン法の影響であろうという。

- (3) (4) フールニエ、前掲一六八頁。
- (5) フールニエ、前掲一六七頁以下。
- (6) フールニエ、前掲一六八―九頁。
- (7) (8) フールニエ、前掲一六九頁。
- (9) フールニエ、前掲一七〇頁。
- (10) (11) フールニエ、前掲一七一頁。
- (12) フールニエ、前掲一七一頁以下。
- (13) *Caenegem, op. cit., p. 5 et seq.* 訳六頁以下。
- (14) (15) フールニエ、前掲一七二頁。
- (16) フールニエ、前掲一七三頁。
- (17) フールニエ、前掲一七四頁。
- (18) フールニエ、前掲一七五頁。
- (19) (20) フールニエ、前掲一七六頁。
- (21) フールニエ、前掲一七六―八頁。
- (22) フールニエ、前掲一七八―九頁。
- (23) フールニエ、前掲一七九―八〇頁。
- (24) フールニエ、前掲一八〇頁。
- (25) フールニエ、前掲一八〇―一頁。
- (26) フールニエ、前掲一九九頁。
- (27) プラックネット、前掲下五六四頁。
- (28) フールニエ、前掲一八三―四頁。
- (29) フールニエ、前掲一八四―五頁。

(ホ) 裁治権行使のための担保機構⁽¹⁾

(1) 執行役

裁判官の決定の執行を担保するものとして、すべての判事裁判所においては、「執行役」がおかれていた。

フルニエによれば、執行役の名称は所と状況によって異なるとされている。例えば、*exécuteur, executor, nuncius, missus, bedellus, apparitor, serviens* 等の名称が用いられていたという。この中 *apparitor* の名称は、イギリスの *appariteur* と同じであるが、イギリスでは、騎馬の執行役が司教裁判所の仕事に当たっているということは興味深い。尤も、その下に、その命令を受けて働く数名の徒歩者を有していたという。

①その職務は、裁判所への呼び出し、「欠席者」に対する宣告 *proclamation* を公告すること、訴訟事件目録 *role* の順に従って訴訟人を呼び上げること、法廷の秩序を維持すること、被裁判者を逮捕およびもし必要が生じるときは収牢すること、判決者を送達する *signifier* ことの職責が属する。⁽²⁾

また、判決が、告知する教会刑罰 *peine spirituelle* を公告する *promulguer* という形であれ、裁判官の決定に服することを拒絶する有責者の財を売却するという形であれ、科せられる体刑 *peine afflictive* を有罪者に受けさせるといふ形であれ、判決を執行せしめる職責が属する。

②執行役は男子。通説によれば二五才以上で、俗人から原則として選ばれる。⁽³⁾

(2) 執行方式

民事訴訟において、判決が下ると、それは上訴あるいは原状回復請求の攻撃を受けない場合は、すべて執行されねばならない。

管轄は、判決を下した通常裁判官に属する。

執行方式は、対物訴訟と対人訴訟では異なる。

① 対物訴訟の場合には、所有物返還訴訟に続いて、返還を命じたときは、原告に占有が付与される。それは上訴期間満了後なされる。

② 対人訴訟の場合には、原則として四ヶ月後でなければ執行できない。その後、請求者は、まず債務者の動産、ついで不動産、最後に債権を差押える。「差押物の拿捕 *captio pignorum*」後に、さらに新期間が介在する。四ヶ月というものもいるが、争いもある。この期間満了後、債権者はその財産を売却し、あるいは、弁済のため、自己の所有物とする。

③ 決定の担保のため、さらに教会裁判官は教会罰 *peine spirituelle* を科しえた。それは、破門を伴う警告 *monition* によって手続をすすめるのが常であった。この手続の不服従は加重破門、再加重破門の対象となった。⁽⁴⁾

フランスでは、俗人の世俗財産に対する執行は、多くの場合に拒否されるので、教会裁判所のこの手段の援けを借りることが多かった。また、世俗裁判官は、これらの破門すべてに盲目的に尊重することを拒否した。しかし、このことが反って、これらの争点に対する教会の権限を間接的に認めるようになった。⁽⁵⁾

(1) フールニエ、前掲六六頁。

(2) フールニエ、前掲六七頁。執行のため判事はその教会位階制の彼の下屬者たちを用いるため、呼出状、破門状、警告状等は、一般に、聖堂区主任司祭、地方首席司祭に宛てられる。これらの司祭は、彼らの使命を果たしたのちに、それについての「報告書 *relatio*」を、書面によるか、あるいは、定められた符牒 *signe* によって判事に送付することを要した。

(3) フールニエ、前掲六六頁。

(4) (5) フールニエ、前掲一八二頁。

(四) 書記 *notaire* 制度⁽¹⁾

ここでイギリス法にも影響を与えた書記制度について、簡単に付言しておきたい。⁽²⁾

しかしフールニエは、この制度が他の多くのものと同様に、教会裁判所において始まり、ついで国王裁判所がそれを借用したものであるかどうかについては詳らかではないとしている。だが一四世紀末には、教会裁判所はこの制度を採択していたという。⁽³⁾

ところでこの制度を考察するに当たって、フールニエによれば、フランスでは、ローマ法の影響を受けた南部地方と、慣習法の支配した地方で、その歴史は異なった経路を辿り、その相違が解消するのは、一四—五世紀になってからであると指摘する。⁽⁴⁾

(イ) ローマ法の影響を受けた南部地方。

この地方では、ノテールとタベリヨンの両語は同義語になっていたという。そもそもタベリオンはローマ帝国(後期)に *tabellio*、また、時には *publica persona* (公書人)と称せられ、契約や遺言を受付け、書面作成する職とする人々が存在していた。これに対し、ノターリウス *notarius* は、初期には秘書、より厳格には速記者を呼称する人々で、当事者双方及び証人たちの言辭、弁護士たちの口頭弁論等を書留め、同業組合を形成し、帝国議会の議決や決定を筆記する責務を帯びているものであった。⁽⁵⁾

他方キリスト教徒のもとでは、聖堂の中で行われたことを書き留めるノテールが存在し、ローマ・カトリック教会の下では重要な職員になった。とくにカロリング家とそれに続く数世紀には、司教の尚書室の雇人で、尚書役 *chancelier* に従属していたという。⁽⁶⁾ (慣習法地域では、この役は、ローマのタベリオンの公的性格を有しない。)

そして、前述の如く、一三世紀には、ノテールとタベリヨンの両語が同義語になって、裁判権を授与されたものは、

書面作成能力を有し、また、その書面に自身で公的性格を付与する能力を有するノテールを創設しうるようになった。⁽⁷⁾

しかも、かかるノテールの創設は、ノテールの一人歩きを生み出し、裁判官の受任者としてのみならず、自身で管轄権を持つに至る。⁽⁸⁾

ことに教皇（皇帝も同様）の任命するノテール *notaire apostolique* は、文法及び書面作成技術の試験に合格し、職業上の宣誓をすることが求められた。⁽⁹⁾ そして、彼は、教皇の裁判権が及ぶ至る所で、その職分を果たしうるようになり、事実を確認し、言明を受領し、また、後見人や保佐人を任命し、無能力者の在の売却を承認し、家長権を免除する等の行為をした。⁽¹⁰⁾

(ロ) 北部 *le Nord* のノテール

北部では、一三世紀の教会裁判所の判事裁判所における傍に、ノテールおよびタバベリヨンと称するものがいたが、それは独力で書面に公書式 *forme publique* を付与する力をもつものではなく、教会裁判所の裁判権者等の権限で保持されていた。従って、判事の名において作成され、判事の印が押された書面でなければ公書式にならなかった。北部、中部フランス、イギリスでの真の公書式の方式になったものはここに由来するといふ。⁽¹¹⁾

(ハ) 一四—一五世紀の一般化

しかも、一四—一五世紀になると、教皇（皇帝）のノテールの数が次第に増加し、教会裁判所書記は、しばしば教皇書記の称号を結びつける程になってきたため、北部と南部の書記職に差が生じなくなったといふ。⁽¹²⁾

（なお、世俗裁判所では、フィリップ・ル・ベル王以来、国王裁判官は、教会裁判所の判事裁判所の書記に類似した書記の一団に取り巻かれていた。そして、諸王令による改革により、「裁判所記録簿」作成の責務を負う恒常的役人になり、近代的な意味での裁判所書記になっていったといふ。⁽¹³⁾ 「イギリス法については本款三(七)の項参照。」)

- (1) フールニエ、前掲五六頁以下。C. R. Cheney, *The English Church and its Laws — 12th—14th centuries*, 1982. [XV *Notaries public in Italy and England in the late Middle Ages.*] pp. 173—88.
- (2) Cheney, *op. cit.*, p. 173 et seq. 英米法辞典(田中編)、前掲五九二頁。そこでは、Notary, Notary public という見出しで説明されている。しかも、「公証人・公証官」という訳が付されている。すなわち、「宣誓をさせ、一定の文書の真正さを証し、証言録取書(deposition)や affidavit (宣誓供述書)をとるさいに立ち合い、拒絶証書作成のような一定の行為を行う権限・資格を有する者。イギリスでは通例 solicitor。アメリカでは資格を有する弁護士に notary の資格を与える州もあるが、多くの州では私人が比較的容易に資格をとることができ、弁護士事務所秘書、銀行員、不動産業者、保険代理店主から小さい町ではドラッグ・ストアの売り子までがこの資格をもっていることがある」という。わが国の公証人は、公証人法によって規定されているもので、法務局又は地方法務局に所属し、その管轄区域を職務執行の区域としている。公正証書を作成し、私署証書及び株式会社等の定款に認証を与えるものになっている。
- (3) フールニエ、前掲六五—六頁。
- (4) フールニエ、前掲六五頁。
- (5) フールニエ、前掲五六—七頁。
- (6) (7)(8)(9) フールニエ、前掲五七頁。
- (10) フールニエ、前掲五七—八頁。
- (11) フールニエ、前掲五九頁。
- (12)(13) フールニエ、前掲六五頁。